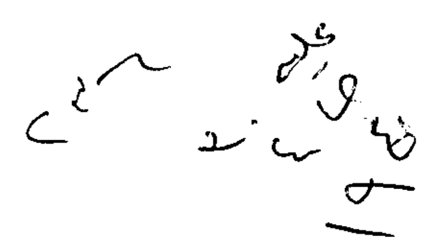


بطلان الحكم القضائي في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة بالقانون

إعداد

الدكتور ماهر معروف النداف

باشراف

الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

نوقشت هذه الرسالة (بطلان الحكم القضائي في الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة-) وأجيزت بتاريخ ١٦/٥/ ٢٠٠٥

أعضاء لجنة المناقشة	التوقيع
الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين ،مشرفا ورئيسا أستاذ الفقه وأصوله .	
الأستاذ الدكتور عبدالله إبراهيم زيد الكيلاني أستاذ الفقه وأصوله .	
الدكتور عبدالله مصطفى الفواز أستاذ مشارك الفقه وأصوله.	
الدكتورمحمد خالد منصور أستاذ مشارك الفقه وأصوله .	
الأستاذ الدكتور محمد عقلة الإبراهيم أستاذ الفقه وأصوله- جامعة اليرموك.	

الإهـــــــداء

-إلـى مـن جعـل اللـه رضاهما سـبباً فـي دخـول الجـــنة ،والـــدي ووالدتـــي رمـــز العطـــاء والحنان .

-إلى إخوتـي .

-إلى زوجتي وأبـنائي .

أهـدي هـذا الجهد مـع كـل المحبـة والوفاء.

شكر

أتقدم بجزيل الشكر ، وكل العرفان إلى أستاذي ومشرفي على هذه الرسالة الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين على ما قدمه من جهد وعطاء في سبيل إخراج هذه الرسالة،وإلى أعضاء لجنة المناقشة الأستاذ الدكتور محمد عقلة الإبراهيم و الأستاذ الدكتور عبدالله إبراهيم زيد الكيلاني والدكتور عبدالله مصطفى الفواز والدكتورمحمد خالد منصور ،على تفضلهم بقبول مناقشة هذه الرسالة .

وإلى كل منتسبي قسم الفقه وأصوله من أساتذة وموظفين وزملاء ، وإلى كل من له دور أو مساهمة في هذه الرسالة .

بارك الله فيهم جميعاً وأجزل لهم العطاء .

-فهرس المحتويات-

الموضوع. **الصفحة.**

الموضوع :	الصفحة:

الموضوع: **الصفحة:**

الموضوع:	الصفحة

بطلان الحكم القضائي في الفقه الإسلامي
-دراسة مقارنة-

إعداد

ماهر معروف فالح النداف

المشرف

الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين

ملخـــــــــص

تناولت هذه الدراسة بطلان الحكم القضائي في الفقه الإسلامي ؛للتعرف على حقيقة البطلان في الأحكام القضائية وأسبابه والآثار المترتبة عليه ،ويعتبر إبطال الحكم القضائي إذا كان فيه ما يستوجب البطلان من مقتضيات العدالة وحفظ الحقوق.

ومن خلال هذه الدراسة يظهر أن بطلان الحكم القضائي وصف يلحق بالحكم القضائي لوجود عيب أو خلل في مقوماته ،أو في أصول التقاضي وإجراءاته الخاصة به يؤدي إلى عدم اعتبار الشارع له ،وعدم ترتب آثاره المقصودة منه عليه واستحقاقه للنقض .

ومن النتائج التي توصلت إليها هذه الدراسة ،أن بطلان الحكم القضائي يختلف عن إبطاله،فبطلان الحكم وصف يلحق بالحكم القضائي يدل على أنه لا أثر له شرعا،أما الإبطال فهو إظهار البطلان ومنع ترتب آثاره عليه من خلال الطرق والإجراءات التي يحددها ولي الأمر في كل زمان ومكان لإبطال الحكم،وهي في الوقت الحاضر طرق الطعن في الحكم القضائي على سبيل الحصر؛فالبطلان قبل الإبطال ، فالبطلان وصف والإبطال تصرف ،وأن بطلان الحكم القضائي أمر معتبر في الشرع وثابت في الكتاب والسنة و آثار الصحابة ، ويتفق مع قواعد الشريعة وأصولها ، ويعتبر طريقا من طرق إقامة العدل ، وإحقاق الحق ،فليس من العدل تنفيذ حكم يشتمل على ظلم أو خطأ يستوجب بطلانه .

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ،والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين ، محمد بن عبد الله ، وعلى آله وأصحابه الطاهرين ، وعلى من سار على نهجهم إلى يوم الدين وبعد:

فقد منّ الله علينا بهذا الدين العظيم ،وأكرمنا بأحكامه التي حفظت للناس إنسانيتهم ، بالمحافظة على أنفسهم وأعراضهم وأموالهم ، ولكن الإنسان مجبول على حبّ الدنيا ، وجمع حطامها ، وتختلف طرق الناس في تحصيل الدنيا ومتاعها ، وقد شَرَعَ الله لنا من الأحكام، ما يوضح لنا الحلال من الحرام ، والحق من الباطل ، والسعيد منا من رزقه الله حلالاً ومتعه بالقناعة ، والشقي من طلب الدنيا، وجعل ما فيها هدفاً وغاية ،وحُرِمَ من كنز القناعة ، فيأكل أموال الناس بالباطل ويعتدي على حرماتهم ، فتقع بين الناس الخصومات ، وتحل النزاعات فكان القضاء للفصل فيها ، ومن ابتلاه الله بمنصب القضاء ، فهو مكلف بإقامة الحق والعدل بين الخصوم ، وإيصال الحقوق إلى أصحابها ؛ لذلك يخْتار لهذا المنصب من عرف بالأمانة والنزاهة والعلم والاستقامة ، ليكون أهلاً لهذه الأمانة العظيمة والمسؤولية الجسيمة .

ومهما كان القاضي على درجة من الكفاءة والأمانة والنزاهة فهو بشر ، والبشر يصيب ويخطئ ، فقد يصدر حكماً عادلاً وهو المطلوب ، وقد يصدر حكماً باطلاً، ومن مقتضيات العدالة، وحفظ الحقوق بطلان الحكم القضائي ،إذا كان فيه ما يستوجب بطلانه، إما لخللٍ في مقومات الحكم وأركانه ، أو لخللٍ في أصول التقاضي وإجراءاته .

فالحكم القضائي في الأصل هو لتصويب وضع ، فما في يد المدعى عليه يدعيه المدعي ، وأقام عليه البينات ، فالحكم القضائي إما أن يحكم بأن يد المدعى عليه يد مبطلة ، ويحكم بالمدعى به للمدعي ، وإما أن يحكم بأن يد المدعى عليه يدٌ محقة ، ويمنع المدعي من إعادة طرح النزاع من جديد أمام القضاء ، إلا إذا جدَّ ما يستوجب ذلك في نظر القضاء .

والحكم القضائي في الأصل حكم له حجية تحول دون نقضه ، لكن هل كل حكم قضائي له تلك الحجية ، أم أن الحكم الذي له هذه الصفة هو الحكم المستوفي لكل أركانه ومقوماته، والصادر وفق إجراءات التقاضي وأصوله الصحيحة والمعتبرة ؟ وهل هذه الحجية للحكم منذ إصداره أم بعد مروره بأدوار معينة تتعلق بقابلية الحكم للطعن ؟ومن المعروف أن الحكم إذا لم يكتسب الحجية التي تحميه من النقض ،لا يحقق الغاية التي شُرِعَ من أجلها القضاء، وهي فصل الخصومات وإنهاؤها .

والـــبطلان يدخل على الحكم القضائي من بداية رفع الدعوى إلى حين صدور الحكم، بـــل إلى حين اكتسابه الحجية وعدم قابليته للطعن ،ويعتري البطلان الحكم لخلل في مقوماته بدءاً مـــن القاضـــي وأهليـــته ودوامها، إلى حين إصدار الحكم وعدم قابليته للطعن، والحالة التي كان عليها القاضي حين إصداره للحكم ، وعلاقته بالخصوم ، وقد يكون البطلان لخللٍ في البينة ، أو في الخصوم من غياب وجهالة وأهلية ، وقد يكون البطلان لخللٍ في المدعى به من حيث تعريفه ووجوده وتحديده ، وقد يكون البطلان لخللٍ في مستند الحكم أو تسبيبه ،وقد يكون البطلان لخلل فـــي إجـــراءات التقاضـــي وأصوله المعتبرة، بدءاً من الدعوى وتوافر شروطها ،والاختصاص الموضـــوعي والـــزماني والقيمـــي والمكاني، ونظر البينات ،وتحقق الخصومة إلى حين إصدار الحكم، وفق الأصول المتبعة في التقاضي.

ممـــا تقـــدم يظهـــر أن البطلان موضوع متفرع، وبحاجة إلى مصنف يبين ماهيته و أســـبابه وآثـــاره ،وقـــد شـــاء الله عـــز وجـــل أن يكـــون موضـــوعي في رسالة الدكتوراه "بطـــلان الحكم القضائي في الفقه الإسلامي -دراسة مقارنة"وقد أكرمني المولى عز وجل ، بأن يكـــون مشـــرفي عـــلى هذه الرسالة أستاذاً جمع بين الفقه والقانون ،الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياســـين، فهـــو صـــاحب كتاب نظرية الدعوى، وحجية الحكم القضائي ،وهما كتابان لهما علاقة وثيقة بموضوع البطلان.

-الدراسات السابقة :

يعتبر موضوع البطلان من المواضيع التي لها تاريخ عند أهل القانون ،وقد وضعوا فيه المصنفات ، وصاغوا فيه النظريات ومن ذلك :

-نظرية البطلان في قانون المرافعات للدكتور فتحي والي .

-البطلان في قانون الإجراءات الجنائية للدكتور عبد الحكيم فودة .

-نظرية البطلان في الأحكام المدنية والتجارية لأحمد كامل أبو السعود .

-البطلان المدني الإجرائي والموضوعي للدكتور عبد الحميد الشواربي .

-نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية للدكتور لؤي جميل حدادين.

-أصول المرافعات المدنية والتجارية للدكتور نبيل إسماعيل عمر.

-نظرية الدفوع في قانون المرافعات للدكتور أحمد أبو الوفا .

-الدفوع المدنية والإجرائية والموضوعية للدكتور عبد الحميد الشواربي .

أما عند علماء الشريعة ، فلم أعثر على أي مصنف أو كتاب أو حتى كتيب أو بحث مســـتقل في موضوع البطلان ،مع أن أصول الموضوع منثورة ومتفرقة في كتب الفقه والقضاء

عـــند علمائنا القدامى ،وفي العصر الحديث كتب أستاذنا الدكتور عبد الناصر أبو البصل الفصل الأخيـــر مـــن كتابه "نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون "في بطلان الأحكام القضائية ، وقد أجاد فيها وأفاد،وقد استفدت من هذه الدراسة القيمة الكثير ،سيما في خطة الرسالة،ومع ذلك بقـــي موضوع البطلان بحاجة إلى دراسة فقهية مستقلة، وهذا ما أشار به الدكتور عبد الناصر أبـــو البصـــل عـــلى طلبة القضاء في الجامعة الأردنية،بأن موضوع البطلان بحاجة إلى دراسة مســـتقلة ، وقد تناولته بعض كتب القضاء الحديثة كمبحث في الحكم القضائي تحت عنوان نقض الأحكام مثل:

- "التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي" دراسة مقارنة للدكتور محمد الزحيلي .
- " نظام القضاء في الشريعة الإسلامية " للدكتور عبد الكريم زيدان .
- "القضاء في الإسلام وآداب القاضي " للدكتور جبر محمود الفضيلات .
- "القضاء في الإسلام" للدكتور محمد سلام مدكور .
- "نظام القضاء في الشريعة الإسلامية" دراسة فقهية مقارنة ، للدكتور عبد الله بن محمد الشامي.
- " المد خل إلى فقه المرافعات" لعبد الله بن محمد آل خنين .

بالإضـــافة إلى مـــا ذكـــره الأســـتاذ الدكتور محمد نعيم ياسين في كتابه "حجية الحكم القضـــائي" في المظهر العاشر من مظاهر الحجية تحت عنوان "بطلان الأحكام القضائية المخالفة لمبدأ الحجية " .

-أهمية الدراسة :

يتضـــح مـــن الدراســـات السابقة خلو المكتبة الإسلامية من مصنف مستقل في بطلان الأحكـــام القضـــائية ، رغم أهمية الموضوع في إقامة العدالة ، وإحقاق الحق ،فليس من العدالة تـــنفيذ حكم يعتريه البطلان ،لأي سبب من أسبابه ، أو البقاء على حكم صدر على من ليس أهلاً للخصـــومة ، أو حكـــم جائر مخالف للمقصد الأصلي من القضاء، كما أن الشريعة من كتاب أو ســـنة قد احتوت على هذا الموضوع ودلّت على مشروعيته ، كما أن فقهاءنا وقضاتنا الأوائل، قد وضـــعوا الكـــثير مـــن أصـــول هذا الموضوع ، ولكن هذه الجهود بحاجة إلى جمع نصوصهم ودراستها ، والله أسأل أن أوفق في هذه الدراسة ، إنه ولي ذلك والقادر عليه .

-منهجي في البحث :

منهجي في البحث هو المنهج الاستقرائي والتحليلي ، وإن دراسة موضوع البطلان تتطـــلب دراســـة واعية للكتب المختصة في القضاء "كشرح أدب القاضي" للخصاف ، "وتبصرة الحكـــام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام" لإبن فرحون ، "وأدب القاضي" للماوردي ، "وأدب

القضـــاء" لابــن أبي الدم ، بالإضافة إلى كتاب القضاء وكتاب الشهادات والدعوى في كتب الفقه وكــتب الحديــث، ودراســة النصوص فيها من الكتاب والسنة والآثار وآراء الفقهاء وأقوالهم ؛ للوصول من خلالها إلى ماهية البطلان وأسبابه ، وإذا كان هذا السبب موضع خلاف بين الفقهاء فمن دراسة أدلتهم ومناقشتها بعيداً عن التعصب لرأي أو قول ،فالهدف هو الوصول إلى الراجح منها إن شاء الله، وفي كثير من الأحيان قد يذكر بعض الفقهاء سبباً للبطلان لا يذكره غيره ، فلا يحــتاج إلى مقارنــة ، وإنما إلى تقريره من أسباب بطلان الحكم ، وقد أشرت إلى مواقع الآيات الكــريمة الــتي استشــهدت بها لموقعها في القرآن الكريم بذكر اسم السورة ورقم الآية وتخريجَ الأحــاديث الــوارد في الرسالة ، فالحديث الوارد في البخاري ومسلم أكتفي بالإشارة إلى موقعه فيهمــا ، أو في أحدهما ، أما إذا كان في كتب السنن، فبعد الإشارة إلى تخريجه أبين حكم علماء الحديــث عــليه صــحة وضعفاً ، وبالنسبة للسند اكتفيت بذكر اسم الصحابي فقط أو حتى بنص الحديث أحياناً ، فإذا تكرر الحديث في موقع آخر ، أكرر النص لاختلاف وجه الدلالة منه ، وإذا كان الحديث طويلاً نقلت موضع الشاهد ، ثم أشير إلى أنه سبق تخريجه .

وقد جعلت الفصل التمهيدي في الحكم القضائي؛ وذلك لأن الدراسة بطلان الحكم القضائي ، فكان لا بد من التمهيد بدراسة مختصرة في الحكم القضائي كتوطئة للبطلان ، وذلك بتعريف الحكم ومشروعيته ومقوماته ، وإنما أحتاجه كتوطئة كما أسلفت ومنطلقاً لموضوع البطلان ، ثم قسمت الموضوع إلى أربعة فصول غير الفصل التمهيدي ، فجعلت فصلاً في بيان ماهية البطلان والأصل الشرعي له ، وفصلاً في بطلان الحكم لخلل في المقومات ، وفصلاً في بطلان الحكم لخلل يرجع إلى أصول التقاضي وإجراءاته،وفصلاً في آثار البطلان على الحكم القضائي، وفقاً للخطة التالية :

-المقدمة.

-**الفصل التمهيدي:في معنى الحكم القضائي ومقوماته.**

-**المبحث الأول:** تعريف الحكم القضائي.

-**المبحث الثاني :** مشروعية الحكم القضائي .

-**المبحث الثالث :**أنواع الحكم القضائي.

-**المبحث الرابع :**مقومات الحكم القضائي.

-**الفصل الأول :في بيان معنى البطلان والأصل الشرعي له .**

-**المبحث الأول:** تعريف البطلان.

-**المبحث الثاني** :الألفاظ ذات الصلة والألفاظ المستخدمة للدلالة على البطلان .

-**المبحث الثالث** : الأصل الشرعي لاعتبار للبطلان.

- **الفصل الثاني : بطلان الحكم القضائي لخلل يرجع إلى مقوماته.**

-**المبحث الأول:** بطلان الحكم القضائي لخلل يرجع إلى القاضي.

-**المبحث الثاني:** بطلان الحكم لخلل في المحكوم فيه.

-**المبحث الثالث:** بطلان الحكم لخلل في مستنده الشرعي.

-**المبحث الرابع:** بطلان الحكم لخلل يرجع إلى أطراف الخصومة .

-**المبحث الخامس:** بطلان الحكم لخلل في البينة.

-**الفصل الثالث: بطلان الحكم لخلل يرجع إلى أصول التقاضي وإجراءاته.**

-**المبحث الأول** : بطلان الحكم لخلل في التبليغ .

-**المبحث الثاني:** بطلان الحكم لعدم صحة التوكيل بالخصومة .

-**المبحث الثالث:**بطلان الحكم لمخالفته قواعد الاختصاص .

-**المبحث الرابع** : بطلان الحكم للتقادم .

-**المبحث الخامس** :بطلان الحكم لخلل في نظر الدعوى .

-**المبحث الخامس** : بطلان الحكم لعدم طلب المدعي الحكم له بما يدعيه.

-**المبحث السادس** : بطلان الحكم لخلل في إصداره .

-**الفصل الرابع: آثار بطلان الحكم القضائي.**

-**المبحث الأول:**عدم حجية الحكم.

-**المبحث الثاني** : نقض الحكم.

-**المبحث الثالث** : الحق في إعادة طرح النزاع مجددا أمام القضاء .

-**المبحث الرابع:**عدم استحقاق الحكم للتنفيذ .

-**الخاتمة.**

الفصل التمهيدي

إن دراسة بطلان الحكم القضائي تتطلب التمهيد بدراسة للحكم القضائي ،وقد تناولت الحكم القضائي في هذا الفصل في المباحث التالية :

-**المبحث الأول:** تعريف الحكم القضائي.

-**المطلب الأول :** تعريف الحكم لغة .

-**المطلب الثاني :** تعريف الحكم اصطلاحا.

-**الفرع الأول :** تعريف الحكم في الاصطلاح الشرعي.

-**الفرع الثاني :** تعريف الحكم في الاصطلاح القانوني

-**المبحث الثاني :** مشروعية القضاء .

-**المطلب الأول :** مشروعية القضاء من الكتاب .

-**المطلب الثاني :** مشروعية القضاء من السنة .

-**المطلب الثالث :** مشروعية القضاء من الإجماع.

-**المطلب الرابع :** مشروعية القضاء من المعقول .

-**المبحث الثالث :**أنواع الحكم القضائي:

- **المطلب الأول :** أنواع الحكم القضائي في الفقه الإسلامي.

-**الفرع الأول:**من حيث كون المحكوم به صحة التصرف أو موجبه.

-**الفرع الثاني:**تقسيم الأحكام إلى قصدي وضمني .

-**الفرع الثالث:**تقسيم الأحكام بالنظر إلى ما يدل عليها .

-**الفرع الرابع:**تقسيم الأحكام بالنظر إلى المحكوم به .

-**المطلب الثاني :** أنواع الحكم القضائي في القانون .

-**الفرع الأول :** الأحكام من حيث قابليتها للطعن فيها.

-**الفرع الثاني :**من حيث حضور الخصوم وغيابهم .

-**الفرع الثالث:** من حيث الحجية المترتبة عليها .

-**الفرع الرابع:** تقسيم الأحكام بالنظر إلى الموضوع .

-**المبحث الرابع :**مقومات الحكم القضائي.

الفصل التمهيدي

في معنى الحكم القضائي ومقوماته

-**المبحث الأول: تعريف الحكم القضائي:** وهو عبارة عن مركب من حكم وقضاء ، فلا بد من تعريف الحكم ووصفه القضائي .

-**المطلب الأول : تعريف الحكم لغة :** بالضـم القضاء ، وتجمع على أحكام، وقد حكم عليه بالأمر حكماً وحكومة ، وحاكمه إلى الحاكم خاصمه(١).

والحـاكم مـنفذ الحكومة بين الناس ، وأصل الحكومة رد الرجل عن الظلم، وسمي حاكما لأنه يمنع الظالم من الظلم .

والحكمـة بالكسـر القضـاء بالعدل ، وتطلق على العلم بحقائق الأشياء على ما هي عليه والعمل بمقتضاها ، ومن ذلك قوله تعالى "**ولقد آتينا لقمان الحكمة** "(٢).

والحكمة ضبط النفس والطبع عن الغضب .(٣)

وأحكمه إحكاماً أي أتقنه ، ومنه قولهم للرجل إذا كان حكيما أحكمته التجارب ، وأحكمه أي مـنعه مـن الفساد ، ومنها الحَكَمَة التي توضع للفرس وتسمى حَكَمَة اللجام ، وتمنع الفرس من الجـري الشديد (٤) ، وحكمة اللجام حديدة توضع في فمّ الفرس ،والمحكمة هيئة تتولى الفصل في القضاء ، وهي أيضا مكان انعقاد المحكمة واجتماع هيئة إصدار الحكم .(٥)

وحكمت السفيه وأحكمته إذا منعته مما أراد.(٦)

والحكم أيضاً العلم و الفقه في الدين ، وحَكَمَ الرجل ، يحكم حكماً بلغ النهاية في معناه(٧) .

وعلـى اخـتلاف المعاني الواردة للحكم فالمراد بها المنع ، فالقاضي يمنع الظالم عن ظلمه، والحكمة تمنع الفرس عن الجري الشديد والهيجان ، والحكمة تمنع صاحبها مما يضره، وأحكمت السـفيه منعـته مـن التصرف ، وهو المعنى المراد في الحكم القضائي الذي يمنع الظلم ويعيد الأمـور إلـى نصـابها ، ويرد الحقوق إلى أهلها ، وهذا ما أكده ابن فرحون بقوله " والحكم في مادتـه بمعـنى المنع ومنه حكمت السفيه إذا أخذت على يده، ومنعته من التصرف ،ومنه سُمي

---

(١) الفيروز أباذي،مجد الدين،(ت٨١٧هـ). القاموس المحيط ، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ج٤،ص٩٨ .
(٢) سورة لقمان آية ١٢.
(٣) الزبيدي،محمد مرتضى (١٢٠٥هـ). تاج العروس ،دار صادر ،بيروت ، ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م، ج٨،ص ٢٥٢.
(٤) نفس المصدر ، ج٨، ص٢٥٣.
(٥) إبراهيم أنيس وآخرون . المعجم الوسيط، (ط٢). مصر : دار المعارف ، ج١،ص١٩٠.
(٦) الزنجاني ، محمود بن أحمد(ت٦٥٦هـ) .تهذيب الصحاح، (تحقيق عبد السلام هارون وأحمد عبد الغفور)، دار المعارف ، مصر ، ج٢،ص٧٢٤.
(٧) الزبيدي ، تاج العروس ، م٨، ص٣٥٥.

الحـــاكم حاكماً لمنعه الظالم من ظلمه، ومعنى قولهم حكم الحاكم أي وضع الحق في أهله، ومنع مـــن لـــيس له بأهل،وبذلك سميت الحكمة التي في لجام الفرس، لأنها ترد الفرس عن المعاطب، والعـــرب تقـــول حكـــم وأحكـــم بمعـــنى مـــنع ، والحكـــم فـــي اللغة القضاء أيضا فحقيقتهما متقاربة "(١).

أمـــا وصـــفه بالقضائي فمن قضى يقضي قضاءً وقضياً وقضيةً بين الخصمين ، حكم ووصـــل ، وحكـــم بالأمر له أو عليه ألزمه به وأوجبه ، وقاضاه إلى الحاكم أي رافعه ،وقاضاه علـــى مـــال أي صالحه ، وتقاضى الخصمان إلى الحاكم أي ترافعا ، ويرد في اللغة العربية إلى معانٍ كثيرة منها:

- (**وقضينا إلى بني إسرائيل في الكتاب**) (٢) أي عهدنا ، وهي بمعنى الأداء والإنهاء .
- قضى فلان دينه ،أي قطع ما لغريمة عليه وأداه إليه وقطع ما بينه وبينه.
- وقضى الرجل إذ مات .
- وقضى وطره أي أتمه وبلغه .
- وقضى فلان صلاته أي فرغ منها .
- (**ولا تعجل بالقرآن من قبل أن يقضى إليك وحيه**) (٣) .

أي من قبل أن يتضح ويظهر لك بيانه ، فهي هنا بمعنى البيان .

- (**ولولا كلمة سبقت من ربك إلى أجل مسمى لقضي بينهم**)(٤) .

أي لفصل الحكم بينهم ، ومن ذلك قولهم : قضى القاضي بين الخصوم،أي قطع بينهم الحكم ، وهو المعنى المراد (٥).

---

(١) ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم ابن محمد (ت٧٩٩هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ط٢،١م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٣٠١هـ، ج١،ص٨.
(٢)سورة الإسراء ،آية ٤٠ .
(٣) سورة طه ،آية ١١٤ .
(٤) سورة الشورى، آية ١٤ .
(٥) ابن منظور ،محمد بن مكرم (ت٧١١هـ) .لسان العرب، ط١ ،١٥م،دار صادر ، بيروت ، ج١٥، ص١٨٧.

-المطلب الثاني : تعريف الحكم اصطلاحاً:

-الفرع الأول:تعريف الحكم في الاصطلاح الشرعي :

مــن الفقهــاء مــن لم يعرف الحكم بتعريف خاص، واكتفى بتعريف القضاء على اعتبار أن القضــاء هو الحكم ،ومنهم من عرف الحكم بتعريف خاص به كابن الغرس من الحنفية والقرافي من المالكية .

فعند الحنفية عرفه الكاساني في بدائع الصنائع بقوله "القضاء هو الحكم بين الناس بالحق ، والحكم بما أنزل الله "(١) .

وفي الدر المختار عرف ابن عابدين القضاء بقوله: " فصل الخصومات وقطع النزاعات" فنلاحظ أن القضاء هو الحكم ، فلم يفردوا الحكم بتعريف خاص به جرياً على اعتبار أن الحكم هو القضاء ،والقضاء هو الحكم ، وذكر في الحاشية أنه لا بد من إضافة عبارةِ " على وجه خاص " ، وإلا دخل فيه الصلح بين الخصمين .

وابن الغرس الحكم بأنه " الإلزام في الظاهر على صفة مختصة بأمر ظن لزومه في الواقع شرعاً ".

فالمراد بالإلزام : التقرير التام ، وفي الظاهر احترازاً للإلزام في نفس الأمر بدون القاضي لأنه راجع إلى خطاب الله .

- صفة مختصة :أي صيغة مختصة ، كألزمت وقضيت وحكمت وأنفذت عليك القضاء .
- بأمر ظن لزومه في الواقع شرعاً : احترازاً عن الحكم بالجور والتشهي وما في معنى ذلك.
- في الظاهر :احترازاً عن الظن بأن القضاء مثبت ومنشئٌ للحق ، فالحق ثابتٌ والقضاء يظهره ويبينه ، وعلل دخول هذا التوهم بسبب قول الإمام أبي حنيفة من أن القضاء في العقود والفسخ بشهادة الزور ينفذ ظاهراً وباطناً .(٢)

---

(١) الكاســاني ، علاء الدين (ت٥٨٧ه). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،(ط٢)،٧م، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨٢م،ج٧ص٣.

(٢)-ابــن الغرس،محمد بن محمد بن خليل بدر الدين،(ت٩٣٢ه).الفواكه البدرية في البحث عن أطراف القضايا الحكمية ،مطبعة النيل،مصر،ص٧-٨.

-ابــن عابدين،محمد أمين.حاشية رد المحتار على الرد المختار ،دار الفكر بيروت،ط٨، ٧م، ١٣٩٩ه/١٩٧٩م، ج٥،ص٣٥٢.

وابــن عابدين نقل التعريف عن ابن الغرس على "صيغة مختصة "،وبالرجوع إلى كتاب الفواكه البدرية لابن الغــرس تبين أنه عرفه بـ:"الإلزام في الظاهر على صفة مختصة بأمر ظن لزومه شرعاً "،فنجد أن لفظ الصيغة الــتي ذكــرها ابن عابدين غير موجود في التعريف ،وإنما الموجود لفظ صفة ،ولكن بتتبع كلام ابن الغرس في الفواكــه البدرية في بيان محترزات التعريف قال:"وقولنا على صفة مختصة" ،فصل احترز به عن مطلق الإلزام إذا المعتبر هاهنا الإلزام بالصيغة الشرعية،كألزمت وحكمت وقضيت وأنفذت عليك القضاء،فابن عابدين ذكر في التعريف قوله"صيغة"بناءً على ما فهمه من ابن الغرس في توضيحه لمحترزات التعريف،إذ بين أن مراده بالصفة الصيغة .

أما المالكية ، فقد عرفه ابن فرحون في التبصرة بقوله " القضاء الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام "(١) ،ومن هنا يقال قضى القاضي أي ألزم الحق أهله،"وقد أخذ الحطاب في مواهب الجليل عليه الإخبار،بأنه يوهم الإخبار المحتمل للصدق والكذب"ونقل تعريفاً آخر قال فيه:"القضاء معناه الدخول بين الخالق والخلق ليؤدي فيهم أوامره وأحكامه بواسطة الكتاب والسنة " (٢).

أما القرافي فقد عرف الحكم بقوله " الحكم إنشاء إلزام أو إطلاق " .ومثل للإلزام كما إذا حكم بلزوم الصداق أو النفقة فالحكم بالإلزام هو الحكم ، وأما الإلزام الحسي ، فليس بحكم كالحبس مثلاً، وقد يكون حكماً بعدم الإلزام وذلك إذا ما حكم القاضي أن الواقعة يتعين فيها الإباحة وعدم الحجر ، ومثل للحكم بالإطلاق بحكم الحاكم بزوال الإحياء عن الأرض، فإنه حكم ببقائها مباحة لعموم الناس، وكذلك الصيد والنحل والحمام البري إذا حيز وحكم الحاكم بزوال ملك الحائز، يعني أنه صار مباحاً لعموم الناس .

وقال في بيان حقيقة الحكم بأنه كلام نفساني:

"وثبوت الحجة مغاير للكلام النفساني الإنشائي الذي هو الحكم فيكونان غيرين بالضرورة، ويكون الثبوت نهوض الحجة ،والحكم إنشاء كلام في النفس هو إلزام أو إطلاق يترتب على هذا الثبوت، وهذا فرق آخر من جهة أن الثبوت يجب تقديمه على الحكم، ومن قال بأن الحكم هو الثبوت لم يتحقق من معنى الحكم "(٣) .

أما الشافعية فقد عرفوا القضاء بأنه " فصل الخصومة بين خصمين بحكم الله تعالى " وفي بعض النسخ " فصل الحكومة "وقوله "بين خصمين" أي فأكثر ، وقوله" بحكم الله" احترازاً عن الفصل بغير حكم الله تعالى ، فليس بقضاء حقيقة (٤).

-"إلزام من له الإلزام بحكم الشرع "، وبهذا تخرج الفتوى فليس فيها إلزام .(٥)

---

(١)ابن فرحون ،تبصرة الحكام،ج١،ص١٨.
(٢)الحطاب ،مواهب الجليل ،ج٦،ص٨٦.
(٣)–القرافي،شهاب الدين أحمد بن إدريس،(ت٦٨٤هـ). الفروق،ط١، ٤م،(تحقيق محمد سراج وعلي جمعة)،دار السلام،القاهرة،٢٠٠١،ج٤،ص١١٨٥.
– ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١،ص٨.
(٤) –البيجوري،إبراهيم،(١٢٧٦هـ). حاشية الشيخ إبراهيم البيجوري على شرح ابن القاسم الغزي على متن أبي شجاع،ط١، (تحقيق محمد عبد السلام شاهين)،١٩٩٤م/١٤١٥هـ ،ج٢،ص٦١٢.
–النووي ،يحيى بن شرف ،(ت٦٧٦).روضة الطالبين،(تحقيق عادل أحمد عبد الموجود،علي محمد معوض)،دار الكتب العلمية ،بيروت .ج٨ص٧٩.
(٥) ابن حجر الهيثمي، أحمد بن علي ،(ت٩٧٤هـ) . تحفة المحتاج بشرح المنهاج ،ط١، (تحقيق عبد الله محمود محمد عمر)،دار الكتب العلمية ، بيروت ،٢٠٠١م ، ج٤،ص٣٤٢.

أما الحنابلة فعرفوه بـ: " القضاء الإلزام بالحكم الشرعي، وفصل الخصومات ، والحكم إنشاءً لذلك الإلزام إن كان فيه إلزام، أو للإباحة والإطلاق مثل الأرض الموات إذا بطل إحياؤها صارت مباحة لجميع الناس " (١) ،فالبهوتي أثناء تعريفه للقضاء عرف الحكم بأنه الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات .

"والقضاء تبيين الحكم الشرعي ، والإلزام به وفصل الخصومات"(٢) .

يلاحظ من خلال التعريف اللغوي للحكم ، أن أكثر كتب اللغة عندما ترجع فيها إلى مادة حكم تبدأ بعبارة :الحكم بالضم هو القضاء ، فالقضاء والحكم عند أهل اللغة واحد،وهو ما يفصل النزاع وينهي الخصومة ، وهذا ما جعل اكثر الفقهاء لا يميزون الحكم بتعريف خاص، ويكتفون بتعريف القضاء ، وهذا ما أكده الدكتور عبد الناصر أبو البصل في تعريفه للحكم القضائي،وبين انه رغم ذلك لم تخلُ كتب الفقه من تعريف للحكم ، وقد أمعن ودقق في مناقشة هذه التعريفات، ويفهم من مجمل مناقشاته أن تعريف الحكم يجب أن يشتمل على عناصر ومقومات منها :-

١-فصل الخصومة وهي الوظيفة الأساسية للقضاء .

٢-الإلزام فلا فائدة للحكم القضائي إن لم يكن ملزماً .

٣- أن يشتمل على أنواع الأحكام جميعها فيدخل فيه الصريح والضمني.

٤-أن يذكر الشخص الذي يصدر الحكم فقد يكون قاضياً أو محكماً .

٥-أن يبين الطريقة أو الوسيلة التي يعبر بها القاضي عما يدور في نفسه كحل للنزاع المطروح كالقول و الفعل (٣).

فالتعريفات السابقة للفقهاء لم يرد فيها ما يحتوي على هذه العناصر الضرورية جميعها، فبعضها أهمل الوظيفة الأساسية للقضاء، وهي فصل الخصومات كتعريف الحنفية الذي لم يذكر فصل الخصومات ولا الإلزام ، وتعريف المالكية الذي ذكره ابن فرحون اعتبر القضاء إخباراً، وقد أخذ الحطاب في مواهب الجليل وهو من المالكية، بأن الإخبار موهم بأنه الإخبار المحتمل للصدق والكذب المقابل للإنشاء ، مع أن ابن فرحون لا يريد بالإخبار ذلك، وإنما يريد أمر

---

(١)البهوتي ، منصور بن يونس بن إدريس ،(ت١٠٥١هـ). كشاف القناع ، ٦م، (تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال)،دار الفكر ، بيروت ، ١٤٠٢هـ،ج٦،ص٢٨٥.

(٢)الشيباني، عبد القادر عمر،(ت١١٣٥هـ). نيل المآرب بشرح دليل الطالب ،(تحقيق محمد سليمان الأشقر)، مكتبة الفلاح ، ج٢، ص٤٤٣.

(٣) ابو البصل ، عبد الناصر.نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون ،(ط١). عمان: دار النفائس،٢٠٠٠م، ص ٣٤.

القاضـــي بحكـــم شـــرعي على سبيل الإلزام (١) ، كما أن التعريف لم يتعرض لفصل الخصومة وحـــل النزاع، ولم يتعرض للشخص المصدر للحكم، كالقاضي ومن في حكمه ،ولا للوسيلة التي يعبر بها القاضي عما يدور في نفسه كحل للنزاع المطروح .

وأمـــا تعـــريف الشافعية فقد بدأ بالوظيفة الأساسية للقضاء وهي فصل الخصومات ، إلا أنه لم يتعـــرض للإلزام ،ولا لشخص القاضي المصدر للحكم أو من في حكمه ،ولا للوسيلة أو الطريقة التي يصدر بها حكمه .

وأمـــا تعـــريف الحنابلة فقد ركز على الإلزام ،وأطلق الشخصية المصدرة للحكم بكل مـــن له الإلزام بحكم الشرع ، وفي تعريفات أخرى للحنابلة للقضاء صرحوا بفصل الخصومات كما في التعريف الثاني المتقدم لهم .

وأمـــا مـــن المعاصـــرين فقـــد عرف عبد الكريم زيدان القضاء بقوله:" الحكم بين الخـــصوم بالقانـــون الإســـلامي بكيفية مخصوصة " (٢)، وعرفه الدكتور محمد الزحيلي بقوله:" ســـلطة الفصل بين المتخاصمين ، وحماية الحقوق عامة ، بالأحكام الشرعية"(٣) ، ويؤخذ على التعـــريف الأول ما سبقت الإشارة إليه من إهماله بعضَ العناصر الواجب توافرها في التعريف، فلـــم يتعـــرض التعريف الأول للشخصية المصدرة للحكم ولا للإلزام ، والتعريف الثاني كذلك لم يتعرض للشخصية المصدرة للحكم ولا للطريقة التي يعبر بها مصدر الحكم عن حكمه .

وقـــد اعتبـــر الدكـــتور عـــبد الناصـــر أبـــو البـــصل أن مـــن أهـــم التعـــريفات للحكم القـــضائي هـــو "فـــصل الخـــصومة بقـــول أو فعـــل يـــصدر عـــن القاضـــي ومـــن فـــي حكمـــه بطـــريق الإلـــزام"،ويعـــود هـــذا التعـــريف للدكـــتور محمـــد نعـــيم ياســـين (٤)، حـــيث احـــتوى علـــى العناصـــر الـــواجب توافـــرها فـــي تعـــريف الحكـــم جمـــيعها، ولا يـــؤخذ علـــيه إلا أنـــه لا يحـــتوي علـــى الحكـــم الـــضمني وهـــو مـــن الأحكـــام القـــضائية المعتبرة عند الفقهاء .

---

(١) الحطاب،محمد بن عبد الرحمن،(ت٩٥٤). مواهب الجليل،ط٦،٢م،دار الفكر، بيروت،١٣٩٨ ،ج٦،ص٨٦ .
(٢) زيدان،عبد الكريم،(٢٠٠٠). نظام القضاء في الشريعة الإسلامية،(ط٣). بيروت مؤسسة الرسالة ، ص١٣.
(٣) الزحيلـــي،محمد،(٢٠٠٢).التنظـــيم القـــضائي فـــي الفقـــه الإســـلامي دراســـة مقارنة، (ط٢).دمشق:دار الفكر، ص٢٥.
(٤) -ياســـين ، محمـــد نعـــيم ، (٢٠٠٠).نظـــرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية.(ط٢)،١م.عمان: دار النفائس ، ص٦٤٣ .
-ياسين ،محمد نعيم (١٩٨٤).حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، (ط١). عمان: دار الفرقان ، ص٨.

ووضع الدكتور عبد الناصر تعريفاً يشتمل على العناصر السابقة جميعها فعرفه بقوله:
" الحكم هو ما يصدر عن القاضي، ومن في حكمه فاصلاً في الخصومة متضمناً إلزام المحكوم عليه بفعل، أو بالامتناع عن فعل،أو إيقاع عقوبة على مستحقها ،أو تقرير معنى في محل قابل له "(١).

فقد احتوى التعريف على فصل الخصومة، وعلى من له صفة إصدار الحكم القضائي وعلى الإلزام الذي يميزه عن الفتوى ، وعلى أنواع الأحكام المدنية والجنائية جميعها، وعلى الحكم الضمني الداخل في عبارة تقرير معنى في محل قابل له،حيث أن الحكم الضمني بمثابة تقرير يستفاد من نص الحكم الصريح.

وهذا التعريف جامع مانع ، إلا أن فيه طولاً ، وكأنه ترتيب للعناصر المطلوبة ، مع أن الدكتور عبد الناصر عندما أورد تعريف الدكتور محمد نعيم ياسين، قال أنه لا مدخل عليه إلا من جهة أنه لا يشتمل على الحكم الضمني ،وقد أدخل الحكم الضمني في تعريفه من خلال عبارة "أو تقرير معنى في محل قابل له ". فلعل من الأنسب أن يضيف هذه العبارة إلى تعريف الدكتور محمد نعيم ياسين ، إذا كان لا يشتمل على الحكم الضمني ، فيجمع بين الاختيار الحسن وإضافة ما يؤخذ على التعريف ، فهو تعريف مختصر وشامل ،وبإضافة العبارة يدخل الحكم الضمني : "فصل الخصومة بقول أو فعل أو تقرير معنى في محل قابل له،يصدر عن القاضي ومن في حكمه بطريق الإلزام ".

والذي يظهر أن الحكم الضمني حكم يستفاد من الحكم الصريح، والتعريف قد اشتمل على الحكم الصريح بقوله:" فصل الخصومة بقول أو فعل "، والحكم الضمني يستفاد من الصريح ، فهو ضمني في حقيقته ، لا يظهر وإنما يستفاد من الصريح، وكذلك في التعريف يبقى ضمنياً ، فتعريف الحكم القضائي بأنه :" فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي ومن في حكمه بطريق الإلزام " تعريف مختصر وشامل لجميع العناصر جامع مانع .

---

(١) أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ،ص٥٢.

-الفرع الثاني : تعريف الحكم في الاصطلاح القانوني :

وأما تعريف الحكم القضائي في الاصطلاح القانوني فهو" الحل الذي يعلنه القاضي في نطاق خصومة قضائية متبعاً في ذلك شكلية معينة ،وذلك بقصد حسم مركز خلافي ناتج عن تطبيق القانون في الحياة العملية ". وبهذا يخرج من مفهوم الحكم القرارات التنظيمية والإدارية والأعمال الولائية .

ويرى آخرون أن الحكم القضائي هو "كل إعلان لفكر القاضي في استعماله لسلطته القضائية ،وذلك أياً كانت المحكمة التي أصدرت الحكم وأياً كان مضمونه" .

والتعريف الأكثر انتشاراً عند أهل القانون للحكم القضائي "هو القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً في خصومة رفعت إليها، وفق قواعد المرافعات، سواء كان صادراً في موضوع الخصومة أو في شق منه ،أو في مسألة متفرعة عنه" ، وإصدار الحكم في الموضوع هو الخاتمة الطبيعية لكل خصومة ، وهو الغرض والهدف من رفع الدعوى .(١)

والقانون المصري يطلق الحكم القضائي على كل حكم صادر في خصومة سواء كان حكماً قطعياً في الموضوع أو حكماً غير قطعي ولا فاصل في موضوع الخصومة فيشمل بذلك الأحكام الإجرائية والتمهيدية .(٢)

ولم يعرف القانون الأردني الحكم القضائي ، ولم يتعرض له بشكل صريح .(٣)

وقد جاء في المادة السبعين بعد المائة من قانون أصول المحاكمات المدنية المراد بالحكم بالمعنى الدقيق ،وإن كان قد أطلق مصطلح الحكم في المادة نفسها ،على كل ما تصدره المحكمة من أحكام وقرارات ،ونصها: " لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ، ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، وذلك فيما عدا الأحكام المستعجلة والأحكام الصادرة بوقف الدعوى ".(٤)

---

(١) أبو الوفا ، أحمد ، (١٩٧٩). أصول المحاكمات المدنية ، (ط٢) . بيروت : مكتبة مكاوي ، ص٦٣١.
(٢) عمر ،نبيل إسماعيل،(١٩٨٦).أصول المرافعات المدنية والتجارية ،(ط١).الإسكندرية:منشأة المعارف،ص١٠٥٧.
(٣) الرواشدة ، محمد أحمد ،(٢٠٠٠).ضمانات استقلال القضاء في الفقه الإسلامي، (ط١).الكرك: دار رند للنشر والتوزيع ،ص٢١.
(٤) أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ،ص٥٧.

-المبحث الثاني : مشروعية الحكم :

إن إقامة العدل وإحقاق الحق مقصد شرعي، فلا بد من إنصاف المظلوم ، ورفع الظلم وإعادة الحقوق إلى أصحابها ،ومشروعية الحكم ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول ، وسأتناولها في أربعة مطالب :

-المطلب الأول : مشروعية الحكم من الكتاب:النصوص الواردة من الكتاب في الحكم والقضاء كثيرة منها :

١- **(إنّا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله) (١).**

٢- **(وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم)(٢).**

٣- **(وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط ، إن الله يحب المقسطين)(٣) .**

٤- **(إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها،وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل)(٤).**

٥ - **" فلا وربك لا يؤمنون حتى يُحكّموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلّموا تسليما "(٥) .**

وجه الدلالة : دلت الآيات بعمومها على الحكم بين الناس، وفصل الخصومات وحل النزاعات بما أنزل الله وتحكيم شرعه فيهم .

---

(١) سورة النساء ،آية ١٠٥ .
(٢) سورة المائدة ،آية ٤٩ .
(٣) سورة المائدة،آية ٤٢.
(٤) سورة النساء،آية ٥٨.
(٥)سورة النساء،آية ٦٥ .

-المطلب الثاني : مشروعية الحكم من السنة:

الأحاديث الواردة في كتب الأقضية والأحكام،وفي كتب الحديث النبوي الشريف متنوعة، مختلفة باختلاف موضوعها بما أسس نظاماً قضائياً مفخرة للمسلمين إلى قيام الساعة،وسأتناول بعضها في هذا المطلب بالإضافة إلى ما سيرد معنا من أحاديث تعالج مواضيع الرسالة ومباحثها المختلفة :

١- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال:قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- :"القضاة ثلاثة اثنان في النار وواحد في الجنة، رجلٌ عرف الحق فقضى به فهو في الجنة ، ورجل عرف الحق ولم يقض به، وجار في الحكم فهو في النار ، ورجل لم يعرف الحق ،فقضى بين الناس عن جهل فهو في النار" (١).

وجه الدلالة : دل الحديث على أنه لا ينجو من النار إلا من حكم بالحق، وعن معرفة وعلم ، أما من عرف الحق ولم يحكم به أو حكم بجهل فهو في النار،وهذا يدل على مشروعية الحكم.

وقد أكد على هذا المعنى النووي بقوله : " من ليس بأهل للحكم فلا يحل له أن يحكم، وإن حكم فلا أجر له بل هو آثم ،ولا ينفذ حكمه سواء وافق الحق أم لا؛ لأن إصابته اتفاقية ،ليست صادرة عن أصل شرعي ،فهو عاصٍ في جميع أحكامه " (٢).

" و الحديث دليل على أنه لا ينجو من النار من القضاة ،إلا من عرف الحق وعمل به ، والعمدة العمل فإن عرف الحق، ولم يعمل به فهو ومن حكم بجهل سواء في النار ". (٣)

---

(١)-السجستاني ، أبو داود سليمان بن الأشعث ، (ت٢٧٥ه).سنن أبي داود ، ٤م، دار الحديث ، القاهرة ، ١٤٠٨ه/١٩٨٨م ،قال أبو داود :"وهذا أصح شيء فيه يعني حديث القضاة ثلاثة" ،ج٣،ص٢٩٧.
- الترمذي ، أبو عيسى محمد بن عيسى ، (ت٢٩٧ه) . الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي ،٥م، (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي)، دار الكتب العلمية، بيروت ، ج٣، ص٦١٣.
- القزويني ، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، (ت٢٧٥ه) .سنن ابن ماجه ، ٢م، (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي)، دار أحياء الكتب العربية ، مصر ،ج٢،ص٧٧٦.
(٢) -النووي ، يحيى بن شرف ، (ت٦٧٦ه). صحيح مسلم بشرح النووي ، ط٦،١م في ١٨جزء ، المطبعة المصرية بالأزهر ، مصر، ١٩٣٠م/١٤٣٩ه ،ج١٢،ص١٤.
-الشربيني،محمد الخطيب،(ت٩٩٧ه) .مغني المحتاج،٤م،دار الفكر،بيروت،ج٤،ص٣٧٢.
(٣)الصنعاني ، محمد بن إسماعيل ،(ت١١٨٢ه).سبل السلام شرح بلوغ المرام ، ٢م، في أربعة أجزاء ، (تحقيق محمد عبد العزيز الخولي)، مكتبة عاطف الأزهر ، مصر ، وقد نقل ابن حجر في بلوغ المرام أن الحديث صححه الحاكم ،ج٤، ص١٤٥٦.
وقد حكم محقق كتاب جامع الأصول في أحاديث الرسول ، عبد القادر الأرناؤوط على درجة الحديث بقوله حديث صحيح ، - الجزري ، المبارك بن محمد بن الأثير، (ت٦٠٦ه) . جامع الأصول في أحاديث الرسول ، الطبعة الثانية ، ١١م،مع ٤م فهارس ،(تحقيق عبد القادر الأرناؤوط) ،دار الفكر ، بيروت ، ١٩٨٣م،ج١٠،ص١٧٦.

٢- عن عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه سمع رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يقول: "إذا حكم الحاكم فاجتهد، ثم أصاب فله أجران،وإذا حكم فاجتهد،ثم أخطأ فله أجر"متفق عليه (١) .

وجـه الدلالـة : دل الحـديث على أجر الحاكم مفتياً كان أم قاضياً أم مجتهداً ،إذا بذل الوسع في تحصيل الحكم الشرعي ،سواء أصاب أو أخطأ، فللمصيب أجران وللمخطئ أجر .

٣- عن علي -رضي الله عنه- قال:"بعثني رسول الله -صلى الله عليه وسلم-إلى اليمن قاضياً ، فقلت:يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء فقال:"إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك ،فإذا جلس بين يديك الخصمان،فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول،فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء،قال:فما زلت قاضياً،أو ما شككت في قضاء بعد".(٢)

وجـه الدلالـة: أن النبي -صلى الله عليه وسلم-كان يعين الصحابة في منصب القضاء مما يدل على مشروعية الحكم بين الناس.

٤- عن أم سلمة زوج النبي -صلى الله عليه وسلم -عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أنه سمع خصومة بباب حجرته ، فخرج إليهم فقال : "إنما أنا بشر ،وإنه يأتيني الخصم ،فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض، فأحسب أنه صادق فأقضي له بذلك ، فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار ، فليأخذها أو ليتركها " . (٣)

وجـه الدلالـة : دل الحـديث علـى أن حكم الحاكم، لا يحل به للمحكوم له ما حكم له به على غيره،إذا كان ما ادعاه لنفسه باطلاً في نفس الأمر،وهذا يدل على مشروعية القضاء .

---

(١)-البخاري ، أبو عبد الله محمد ابن إسماعيل ، (ت٢٥٦ه) .صحيح البخاري ، ط٣ ،٦م ، ومجلد للفهارس،(تحقيق د. مصطفي ذيب البغا)، دار ابن كثير للطباعة والنشر،بيروت،١٩٨٧م،ج٦،ص٢٦٧٦.
-مسلم ،أبو الحسن مسلم بن الحجاج ، (ت٢٦١ه). صحيح مسلم بشرح النووي ، ط٦،١م في ١٨جزء ، المطبعة المصرية بالأزهر ، مصر، ١٩٣٠م،ج١٢،ص١٢.
(٢) أخرجه أبو داود في كتاب الأقضية، باب كيف القضاء.
- أبو داود،سنن أبي داود،ج٣،ص٣٠٠.
والترمذي في كتاب الأحكام،باب ما جاء في الإمام العادل،وحكم عليه بانه حديث حسن ،فقال:"وقال أبو عيسى :هذا حديث حسن" .
-الترمذي ،سنن الترمذي،ج٣،ص٦١٨.
وابن ماجة في كتاب الأحكام باب ذكر القضاة .-ابن ماجة،سنن ابن ماجة،ج٢،ص٧٧٤.
قال الحافظ ابن حجر :"قواه ابن المديني وصححه ابن حبان".- الصنعاني ،سبل السلام ،ج٤،ص١٤٦٤.
وأخرجه الحاكم في المستدرك وقال: صحيح على شرط الشيخين.
-الحاكم ،محمد بن عبد الله ،(ت٤٠٥ه)،المستدرك على الصحيحين،٤م،دار الفكر بيروت،١٩٧٨،ج٤،ص٨٨.
والذهبي في التلخيص وقال :حديث صحيح.
- الذهبي ،محمد بن أحمد،(ت٨٤٨ه).تلخيص المستدرك المطبوع بحاشية المستدرك،دار الفكر،بيروت،١٩٧٨ ، ج٤،ص٨٨.
(٣) رواه البخاري في كتاب الأحكام باب من قضي له بحق أخيه فلا يأخذه لأن قضاء الحاكم لا يحل حراما ولا يحرم حلالاً .
-البخاري ، صحيح البخاري ، ج ٦،ص ٢٦٢٦ .
ومسلم في كتاب الأقضية باب بيان أن حكم الحاكم لا يغير الباطن.
-مسلم،صحيح مسلم بشرح النووي، ج١٢، ص٥.

-المطلب الثالث :مشروعية الحكم من الإجماع:

أجمـــع العلماء على مشروعية الحكم ونصب القضاء ، ومن نصوصهم في ذلك ، قال ابن قدامة : " أجمع المسلمون على نصب القضاء والحكم بين الناس ".(١)

"والقضاء هو الحكم بين الناس بالحق ،والحكم بما أنزل الله عز وجل،فكان نصب القاضي فرضاً وضـــرورة ؛ولأن نصب الإمام الأعظم فرض بلا خلاف بين أهل الحق،ولا عبرة بخلاف بعض القدريـــة؛ لإجمـــاع الـــصحابة رضي الله عنهم على ذلك؛ ولمساس الحاجة إليه لتقييد الأحكام ، وإنـــصاف المظلـــوم مـــن الظـــالم، وقطـــع المـــنازعات التي هي مادة الفساد ،وغير ذلك من المصالح"(٢).

-المطلب الرابع ،مشروعية الحكم من المعقول :

١-الحكـــم بـــين الـــناس به يظهر الحق والعدل ، وبالعدل قامت السماوات والأرض، وبه يرفع الظلـــم ، وإنـــصاف المظلوم من الظالم ،وإيصال الحق إلى المستحق هو ما يدعو إليه عقل كل عاقل ، وبه اشتغل الأنبياء والرسل صلوات الله عليهم والخلفاء الراشدون من بعدهم.(٣)

٢-أن المـــيل إلـــى الدنـــيا وجمع حطامها طبع في النفس البشرية ،فكان لا بد من إقامة القضاء والحكـــم بـــين الـــناس لـــردع الظـــالم ،وإنـــصاف المظلـــوم " لأن الظلـــم فـــي الطـــباع ، فـــلا بـــد مـــن حـــاكم ينـــصف المظلـــوم مـــن الظالم ". (٤)

---

(١) ابـــن قدامة ، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، (ت٦٢٠ه) . المغني ، ٩م،(تحقيق محمد سالم محيـــسن وشعبان محمد إسماعيل ، مكتبة الجمهورية العربية –ومكتبة الكليات الأزهرية ، الأزهر-مصر ،ج٩، ص٣٦.

(٢) الكاساني ،بدائع الصنائع، ج٧،ص٢.

(٣) السرخسي ، محمد بن أبي سهل ،(ت٤٩٠ه) . المبسوط ، ٣٠م، دار المعارف ، بيروت ، ١٤٠٦ه، ج١٦، ص٦٠.

(٤) الشيرازي ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف ،(ت ٤٧٦ه). المهذب ، ط١ ،(تحقيق زكريا عميرات)، دار الكتب العلمية ، بيروت، ج٣، ص٣٧٦.

-المبحث الثالث :أنواع الحكم القضائي:

- المطلب الأول : أنواع الحكم القضائي في الفقه الإسلامي:

وله تقسيمات مختلفة منها:

-الفرع الأول: من حيث كون المحكوم به صحة التصرف أو موجبه :

هذا التقسيم للحكم من أكثر التقسيمات دقة ، وأشهر من بحثه من القدماء ابن فرحون فـي "تبـصرة الحكام" ،حيث ناقش موضوع الحكم بالصحة والحكم بالموجب بما يزيد على تسع صفحات من القطع الكبير (١) .

ثـم ابن عابدين في "حاشيته على الدر المختار"(٢)،والبهوتي في"شرح منتهى الإرادات"(٣). وقـد ذكر ابن فرحون أن الحكم بالموجب لم يكن معروفاً إلا في بعض كتب المالكية فقال:" ولم نجد هذه اللفظة وهي الحكم بالموجب في شيءٍ من كتب المذاهب إلا في كتب أصحابنا" (٤) .

ومـن المعاصـرين الأسـتاذ الدكـتور محمد نعيم ياسين في كتابه "نظرية الدعوى" (٥)، والأسـتاذ الدكتور عبد الناصر أبو البصل في كتابه "نظرية الحكم القضائي" (٦)، بالرغم من أن الحكـم بالـصحة والحكـم بالمـوجب يـدخل سـائر المعاملات، كما صرح بذلك ابن فرحون بقوله:"سائر المعاملات من البيع والقرض والرهن والإجارة والمساقاة والقسمة والشفعة والعارية والـوديعة والحـبس والوكالة والحوالة والحمالة والضمان وغير ذلك من أبواب المعاملات كلها يدخلها الحكم بالصحة والحكم بالموجب "(٧).

أمـا حقيقة الحكم بالصحة والحكم بالموجب، فقد عرفهما ابن فرحون بقوله: "الحكم بالصحة عـبارة عن قضاء من له ذلك في أمر قابل لقضائه، ثبت عنده وجوده بشرائطه الممكن ثبوتها،أن ذلك الأمر صدر من أهله في محله على الوجه المعتبر عنده في ذلك شرعاً" .

ثم قام بشرح التعريف والمفاهيم الواردة فيه وبيان محترزاتها بما يلي :

-فقولنا "عن قضاء" يخرج الثبوت فليس بحكم على الأصح .

- وقولنا "من له ذلك" يدخل فيه الإمام ونوابه الذين لهم ذلك .

---

(١) ابن فرحون ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية والأحكام ،ج١،ص٨١-٨٩.
(٢) ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ،ج٥،ص٣٩٨.
(٣) البهوتي،منصور بن يونس ،(ت١٠٥١هـ).شرح منتهي الإرادات،عالم الكتب للطباعة والنشر،ج٣،ص ٥٠٦.
(٤) ابن فرحون ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية والأحكام،ج١،ص٨٣. .
(٥) ياسين ، نظرية الدعوى ،ص ٦٦٠.
(٦) ابو البصل ، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون،ص٤٨٤.
(٧) ابن فرحون ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية والأحكام،ج١،ص٨١.

- وقولنا "قابل لقضائه"يخرج به ما لم يقبل القضاء من عبادة مجردة، وما قبل القضاء لم يكن فيه إلزامٌ كالحكم على المعسر.

-وقولنا" ثبت عنده وجوده" يعم الثبوت بالبينة الكاملة وما يتنزل منزلتها .

-وقولنا "وجوده" أن العدم لا يتوجه الحكم إليه .

-وقولنا"بشرائطه الممكن ثبوتها"يفهم منه أنه لا يعتبر ثبوت الشروط جميعها ؛لأنه إثبات لانتفاء غير محصور ،بخلاف الموانع والأصل عدمها ،فيطلب للنكاح خلو الزوجة من موانعه ،احتياطاً في الأبضاع.

- وقولنا :"أن ذلك صدر من أهله في محله" هذا هو محط الحكم بالصحة، ويعتبر الحكم إذا تقرر بالصحة من أعلى درجات الحكم .

وأما الحكم بالموجب فقد عرفه بقوله :" الحكم بالموجب هو قضاء المتولي بأمر ثبت عنده بالإلزام ، بما يترتب على ذلك الأمر خاصاً أو عاماً على الوجه المعتبر عنده في ذلك شرعاً ".

ثم قام بشرح هذه المفاهيم و بيان محترزاتها بالذي وضحه بالحكم بالصحة ،لتشابه التعريفين كما يظهر،باستثناء الإلزام الذي لم يرد في تعريف الحكم بالموجب فوضحه بقوله: "بأنه يعني بالإلزام بذلك الأمر الذي ثبت عنده وهو صدور الصيغة في ذلك،فالحكم يتوجه إلى الإلزام بذلك الشيء الخاص لا مطلقاً ثم قام بالتفريق بينهما بتسعة فروق (١) .

وقد عرفهما الدكتور محمد نعيم ياسين في نظرية الدعوى بطريقة يسهل فهمها ، فعرف الحكم بالصحة بقوله "وهو الحكم بصحة التصرف المتنازع عليه ، ومعنى الصحة كون التصرف بحيث تترتب آثاره الشرعية عليه (٢) .

والحكم بالموجب بقوله" أن يصرح القاضي بالإلزام بالآثار المترتبة على التصرف"(٣) .

---

(١) ابن فرحون تبصرة الحكام ،ج١،ص٨٢-٨٤.
(٢) ياسين ،نظرية الدعوى في الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، ص٦٦٠.
(٣)المصدر نفسه ص٦٦١ .

أمـــا مـــن حيـــث قوة الحكم ، فقد أعتبر الحكم بالصحة أعلى رتبة وقوة من الحكم بالموجب ، ويشـــترط فيـــه مـــا لا يشترط في الحكم بالموجب ، فيشترط في الحكم بالصحة أهلية التصرف وصـــحة صـــيغته ، وكون تصرفه في محله ، فيشترط الملك والحيازة، أما الحكم بالموجب فلا يشـــترط فيه إلا أهلية التصرف وصحة صيغته ،فيحكم بموجبها ،فإن كان مالكا صح الحكم؛ لأن موجـــبه ذلـــك ، وكأنـــه حكـــم بصـــحة تـــلك الصـــيغة الصـــادرة من ذلك الشخص،قال في التبصـــرة: " ومـــن ألفـــاظ الحكم ليسجل بثبوته والحكم بموجبه وهي من الألفاظ المتعارفة التي غلـــبت فـــي هـــذا الـــزمان ،وهذه اللفظة أحط رتبة من الحكم بالصحة " وقال الشيخ تقي الدين الســـبكي :" الحكم بالصحة يستدعي ثلاثة أشياء أهلية التصرف وصحة صيغته وكون تصرفه في محلـــه ؛ ولذلـــك يشترط فيه ثبوت الملك والحيازة ، والحكم بالموجب يستدعي شيئين وهما أهلية التصـــرف وصحة صيغته فيحكم بموجبها وهو مقتضاها، ومعناه أنه إن كان مالكه صح الحكم؛ لأن مقتضـــاها وموجـــبها ذلك ، وكأنه حكم بصحة تلك الصيغة الصادرة من ذلك الشخص ، فلا يـــتطرق إليه نقض من ذلك الوجه ، قال وكذلك أقول ليس لحاكم آخر أن يرى خلاف ذلك نقضه ولا ينقض، إلا أن يتبين عدم الملك فيكون نقضه كنقض الحكم بالصحة " (١).

ولا يشـــترط فـــي الحكـــم بـــالموجب المـــلك؛ لأنه قد يصعب إثباته "وإنما جاز الحكم بالموجب مع عدم ثبوت الملك لأنه قد يعسر إثبات الملك ".(٢)

ويكـــون الحكـــم بـــالموجب أقوى إذا صدر مستوفيا لشروط الحكم بالصحة لتضمنه الحكم بالصـــحة، بالإضـــافة إلى الإلزام ،و في ذلك يقول ابن فرحون "إذا كان الحكم بالموجب مستوفيا لمـــا يعتبر في الحكم بالصحة كان أقوى؛ لوجود الإلزام فيه وتضمنه الحكم بالصحة ".(٣) ، ثم مـــثل لتضـــمن الحكـــم بـــالموجب لـــلحكم بالصحة بمثال "إذا شهد شهود بأن هذا وقف وذكروا المصـــرف له عـــلى وجه معين، وحكم القاضي بموجب شهادتهم كان ذلك الحكم متضمناً للحكم بالصحه والحكم بالموجب". (٤)

أما إذا لم يكن الحكم بالموجب مستوفياً الشروط المعتبرة بالحكم بالصحة جميعها يبقى الحكم بالصحة أقوى أنواع الأحكام عند المالكية ؛ وذلك لأن الشروط المطلوبة فيه أشد من الشروط المطلوبة من الحكم بالموجب.(٥)

---

(١) ابن فرحون ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ج١، ص٨٣ .
(٢) المصدر نفسه ، ج١،ص٨٣.
(٣) المصدر نفسه ج١ ص٨٧ .
(٤) المصدر نفسه ،ج١،ص٨٧.
(٥) ياسين ، نظرية الدعوى ، ص٦٦٢.

وهــذا واضح في عبارة ابن فرحون المتقدمة باشتراط ثلاثة شروط في الحكم بالصحة وشرطين في الحكم الموجب .

وهذا ليس عند المالكية فقط، فقد ذكره الحنابلة بقولهم في الحكم بالصحة والحكم بالموجب، فليس أحدهما أقوى من الآخر إلا إذا توجه الحكم بالموجب إلى صحة العقد وجميع آثاره صريحاً، فإن الصحة من موجبه ، فيكون الحكم بالموجب عندها أقوى مطلقاً لسعته وتناوله الصحة وآثارها .(١)

وقد ذكر ابن الغرس من الحنفية أن الحكم بالموجب ثلاثة أنواع : -

فإما أن يكون الموجب أمراً واحداً لا يرتبط بغيره ، وإما أن يكون الموجب أموراً يستلزم بعضها بعضاً، وإما أن يكون أموراً لا يستلزم بعضها بعضاً ، ولا يتوقف وجود بعضها على وجود غيرها.

ومثل للأول بالقضاء بالأملاك المرسلة والطلاق ،إذ لا موجب لها سوى ثبوت ملك رقبة العين للمدعي وانحلال قيد العصمة.

ومثل للثاني بإذا ادعى الدائن على الكفيل بدين على غائب، و أنكر الكفيل الدين ، ثم قام الدائن بإثبات الدين ، فالموجب هنا أمران لا ينفكان عن بعضهما ، لزوم الدين للغائب . ولزوم أدائه على الكفيل ، فلا يستطيع مطالبة الكفيل ما لم يثبت على الأصيل،إذ لا يتصور التنازع والتخاصم بين الكفيل والأصيل في الدين والمطالبة به مع قطع النظر عن المدين ، فلا يثبت عند القاضي وجوب أداء الدين على الكفيل إذا لم يثبت على الأصيل .

ومثل للنوع الثالث ، بحكم الشافعي بموجب عقار اقتصر الحكم على ما وقعت به الدعوى ، فلا يكون حكماً بأنه لا شفعة للجار ، فالحكم بالعقار لا يستلزم إلغاء حق الجار في الشفعة إذا كان مستحقاً لها ،فهي أمور تقبل الانفكاك في الثبوت عند القاضي.(٢)

ومن حيث المقارنة بين الحكمين ، ذكر ابن فرحون تسعة فروق،وأربعة أوجه شبه، فمن الفروق :

١- أن الحكم بالصحة منصب على نفاذ العقد الصادر مطلقاً،والحكم بالموجب منصب على ثبوت صدور ذلك الشيء والحكم على من صدر عنه بموجب ما صدر منه .

---

(١) البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٣،ص٥٠٧.
(٢) -ابن الغرس،الفواكه البدرية ،ص٣٨-٤٣.
- الرشـيدي ،محمـد بـن صـالح بن عبد الفتاح. المجاني الزهرية على الفواكه البدرية ،مطبعة النيل ، مصر ،ص٤٣.
-ابن عابدين ، الدر المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ،ج٥،ص٣٩٨.

٢- أن العقد الصادر إذا كان صحيحاً باتفاق ووقع الخلاف في موجبه، فالحكم بالصحة لا يمنع من العمل بموجبه عند غير الحاكم الذي حكم بالصحة ، أما إذا حكم الأول بالموجب امتنع على الثاني العمل بموجبه .

٣- الحكم على الزاني بموجب زناه ، وعلى السارق بموجب سرقته ، والحكم بحبس المدين يدخلها الحكم بالموجب ولا يدخلها الحكم بالصحة . (١)

ومن أوجه الشبه :

١-أنه لا ينقض الحكم بالصحة أو الحكم بالموجب إذا صدرا في محال الاجتهاد التي لا ينقض الحكم فيها، فهما في ذلك سواء .

٢- تغريم الشهود الراجعين عن شهادتهم بعد الحكم،سواء كان الحكم بالصحة أو بالموجب .(٢)

وذكر الحنابلة ضابطاً للتفريق بين الحكم بالصحة والحكم بالموجب بقولهم :" إن الحكم بالصحة هو ما كان متوجهاً إلى نفس العقد صريحاً،وإلى آثاره تضمناً ،وإن الحكم بالموجب هو ما كان متوجهاً إلى الآثار صريحاً وإلى العقد تضمناً ،فليس أحدهما أقوى من الآخر، إلا من حيث توجه الحكم بالموجب إلى صحة العقد وجميع آثاره صريحاً فيكون الحكم بالموجب حينئذ أقوى مطلقا لسعته وتناوله الصحة وآثارها ". (٣)

ونقل البهوتي ضابطاً آخر وهو " أن المتنازع فيه إن كان صحة ذلك الشيء،وكانت لوازمه لا تترتب إلا بعد صحته ، كان الحكم بالصحة رافعا للخلاف واستويا حينئذ ، وإن كان المتنازع فيه الآثار واللوازم، كان الحكم بالصحة غير رافع للخلاف ،وكان الحكم بالموجب رافعا وقوي الموجب حينئذ ، وإن كانت آثاره تترتب مع فساده قوي الحكم بالصحة على الحكم بالموجب ".(٤)

فالعبرة في موضع الحكم ومحل النزاع، هل هو صحة التصرف أم أثره ولوازمه ؟ فإن كان الخلاف في الصحة ، وكانت الآثار واللوازم لا تترتب إلا بعد الحكم بالصحة كانا سواء ، أما إذا كان موضع الحكم ومحل النزاع في الآثار واللوازم كان الحكم بالموجب أقوى .

---

(١) ابن فرحون ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية والأحكام ج١، ص٨٤ .
(٢)المصدر نفسه ،ج١،ص٨٦.
(٣)البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٣،ص٥٠٧.
(٤)المصدر نفسه ، ج٣،ص٥٠٦.

-الفرع الثاني: تقسيم الأحكام إلى قصدي وضمني :

١- الحكـــم القصـــدي :هو الحكم الذي يكون منصباً على الحق المدعى به المطلوب الحكم به .

فـــإذا ادعى رجـــل ألف دينار وأقام بينة عليها، وحكم له بها كان حكماً قصدياً؛ لأنه متوجه ومنصب على الحق المطلوب الحكم به ذاته.

٢- الحكـــم الضمني : وهو الحكم الذي يكون المحكوم منه غير مقصود ، وإنما دخلَ ضمناً في المحكـــوم بـــه قصـــدا (١) ، واعتبر الحكم الضمني نتيجة ضرورية ولازماً للحكم القصدي، فـــالحكم بالـــنفقة لـــلزوجة حكم قصدي يلزم فيه الحكم بثبوت الزوجية حكماً ضمنياً ، والقضاء الضـــمني حجـــة على الرغم من أنه لا يشترط فيه سبق الدعوى والخصومة ، والحكم الضمني معتبر في القانون كما جاء في قرار محكمة مصر الابتدائية الشرعية سنة ١٩٣٤،وعرفت الحكم الضمني بأنه:"ما يؤخذ من أسباب القضاء الصريح نتيجة لازمة له".(٢)

و الأصل في القاضي حينما يصدر حكمه أن يصدره بعبارات واضحة وصريحة ، على أن تكـــون الوقـــائع الـــتي فصـــل فيها ضمنيا ، قد طرحت على المحكمة، و كانت محل اعتبار من جانبها،ومـــثال ذلـــك أن يدفع الخصم بعدم الاختصاص بالنسبة للمحكمة، أو بعدم القبول فتمضي المحكمـــة فـــي نظر الدعوى وتصدر حكماً فيها في الموضوع ،فيقال في هذه الحالة إن المحكمة رفضت الدفوع بطريقة ضمنية ، فكان حكماً ضمنياً برد الدفوع المثارة بعدم الاختصاص.(٣)

(١) محمد نعيم ياسين ، نظرية الدعوى ،ص٦٦٥.
(٢) الحمادي ،حسن بن أحمد ،(٢٠٠٣).نظرية حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية ،(ط١).عمان : الدار الدولية للنشر والتوزيع ،ص٢٧١.
(٣) عمر ، أصول المرافعات المدنية والتجارية ، ص١٠٧٠.

-الفرع الثالث:تقسيم الأحكام بالنظر إلى ما يدل عليها:

قال ابن فرحون تحت عنوان ما يدل على الحكم: " إن حكم الحاكم أمر نفساني لا لساني،فتارة يخبر عنه بالقول و تارة بالفعل و تارة بالإشارة ، فدل على أن الحكم غير قوله وكتابته وإشارته ، و إنما هذه الأمور دالة على الحكم كسائر ما يقوم بالنفس من الأحكام و الأخبار و غيرها" (١).

النص السابق واضح الدلالة على أن الحكم قد يصدره القاضي أو يعبر عنه بالقول أو الفعل أو الإشارة ، فالحكم بناءً على هذا الاعتبار يقسم إلى نوعين :

١- الحكم القولي : وهو الحكم الذي أصدره القاضي بقول يدل عليه، ولا يشترط فيه لفظ مخصوص و إنما بكل لفظ يدل عليه .(٢)

٢- الحكم الفعلي :"وهو الحكم الذي يعبر عنه بفعل يصدر عن القاضي" .(٣)

قال ابن فرحون " اعلم انه كما يدل القول على الحكم في قول الحاكم أشهدتكم أني حكمت بكذا ، فكذلك الفعل يدل على الحكم أيضاً".(٤)

فهذه العبارة لابن فرحون و التي سبقتها تؤكد أن القول أو الفعل ما هو إلا وسيلة تعبر عن الحكم ،و ليس هو الحكم ذاته، فصح عن الفقهاء التعبير عنه بأي وسيلة تدل عليه، وهذا يدل على أن المراد بالحكم الفعلي هو التعبير عن الحكم بالفعل .

ولكن هذا المصطلح يطلق أيضاً على تصرفات القاضي وأفعاله، فهل تصرفات القاضي وأفعاله تعتبر أحكاماً ؟

فعل القاضي يكون على وجهين:

أ-ما لا يكون موضعاً للحكم ، كما لو أذنته مكلفة بتزويجها فزوجها، فانه وكيل عنها ففعله ليس بحكم ،ولا علاقة له بولايته كقاضٍ، وانه يعتبر وكيلاً عن هذه المرأة المكلفة.

ب-ما يكون محلا للحكم كتزويج صغيرة لا وليّ لها وشراء مال اليتيم وبيعه وقسمته،فذهب الحنفية والحنابلة إلى اعتباره حكماً ،وأجابوا على من قال انه ليس بحكم لانتفاء شرط الحكم من الدعوى سبق الدعوى و الخصومة، بأن إلحاق القاضي بالوكيل في هذه التصرفات يكفي لمنعه من البيع لنفسه، أو تزويجه اليتيمة من ابنه وعلى هذا فشراء القاضي من مال اليتيم باطل؛ لأنه وكيل لا لكونه حكماً ،والأصل انه لا يمكن إلحاق القاضي بالوكيل في المنع ،فتعين أن العلة ما

---

(١) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ،ج١، ص٩٤.
(٢) ياسين ، نظرية الدعوى ،ص٦٦٧.
(٣) المصدر نفسه ، ص٦٦٧.
(٤) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ،ج١، ص٩٤.

نـــص علـــيها من كون فعله حكما،أما أن الحكم يحتاج إلى سبق الدعوى، فيجاب عليه بان الحكم الفعلي لا يشترط فيه سبق الدعوى كالحكم الضمني .(١)

وذهـــب المالكـــية والشافعية إلى أن فعل القاضي لا يعتبر حكماً قضائياً، ووافقهم في ذلـــك ابـــن الغـــرس من الحنفية ،وعللوا ذلك بأن الحكم يستدعي مقدماته الشرعية كالدعوى والحجة المطابقة لها ،وهذا لا يتوافر في فعل القاضي.(٢)

وقال المالكية:" المواضع التي تصرفات الحكام فيها ليست بحكم ،ولغيرهم من الحكام تغييـــرها والنظر فيها وهي أنواع كثيرة وقد التبس أمر ذلك على كثير من الفقهاء فان الحكم لا يجوز نقضه ،و غيره يجوز نقضه و أذكر مما ذكروه عشرين نوعا وهي عامة تصرفاتهم".(٣)

يظهـــر مـــن العبارة أن المالكية يعتبرون تصرفات القاضي وفعله ليست أحكاما ، فهي كما أشار ابن فرحون عامة تصرفاتهم ، وعدَّ منها عشرين دلالة على أنها كل تصرفات القاضي عدا الفصل في الخصومة و قطع المنازعة فقط ،واذكر فيما يلي خمسة منها للتمثيل:

١ -العقـــود كالبيع و الشراء في أموال الأيتام والغائبين والمجانين وعقد النكاح على من بلغ من الأيتام (و على من هو تحت الحجر من النساء ومن ليس لها ولي).

٢-إثـــبات الـــصفات فـــي الذوات نحو ثبوت العدالة عند الحاكم أو الجرح أو أهلية الحضانة.

٣-ثبوت أسباب المطالبات نحو ثبوت مقدار قيمة المتلفات و النفقات للأقارب .

٤-إثبات أسباب الأحكام الشرعية نحو رؤية هلال شهر رمضان و شوال.

٥- تنفـــيذ الحـــاكم لحكـــم صادر عن غيره من الحكام ،فهذا ليس حكماً من المنفذ البتة . (٤)

وهـــذه المـــسائل التـــي ذكـــرتها تمت مناقشتها من قبل الفريق الأول و واعتبروها أحكامـــا.وثمـــرة هـــذا الخـــلاف في موضوعنا، أنها إذا اعتبرت أحكاما فلها حجية

---

(١) -ابن عابدين ،رد المحتار ، ج٥،ص٤٢٤.
- البهوتي ،كشاف القناع ،ج٦،ص٣٢٢.
-ابن مفلح ، المبدع ، ج١٠،ص٤٨.

(٢) -ابن عابدين ،رد المحتار ، ج٥،ص٤٢٤.
-ابن الغرس ،الفواكه البدرية ،ص٢٢. "والتحقيق أن فعل القاضي لا يكون حكما" .
-ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٧٣.
-ابن أبي الدم ،أدب القضاء ،ص٧٤. "فعل الحاكم أو أمره بالفعل ليس بحكم" .

(٣) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ،ج١، ص٧٣.

(٤) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ،ج١، ص٧٤.

الأحكـــام .فلـــيس لأحد نقضها إلا بما تنقض به الأحكام، أما إذا لم يعتبروها أحكاما فلغيرهم من الحكام تغييرها ،والنظر فيها كما سبق في عبارة ابن فرحون المتقدمة .

-**والـــراجح** أن الحكـــم هـــو ما كان فاصلاً في خصومة ومنهياً لنزاع ،وأما تصرفات القاضي وأفعالـــه فـــي غـــير النظر في الخصومة، فهي أعمال مضافة إلى القاضي ،ولها هيبة واحترام ولكنها لا ترقى إلى درجة الأحكام ولا تحوز حجيتها .

وقد تنبه فقهاء المرافعات وأهل القانون لذلك، بأن ميزوا العمل القضائي عن العمل الولائي ، و المـــراد بالعمل الولائي تصرفات القاضي و أفعاله التي يجوز للقاضي الرجوع عنها و إصدار ما يخالفها فهي ليست أحكاما .(١)

-ويظهر الفرق بين العمل القضائي والأمر الولائي من عدة جوانب منها:-

١- أعمال القضاء تدخل كلها في وظيفة القاضي، ما لم يمنع منها بنص القانون بخلاف الأعمـــال الولائـــية فلا يختص بها في وظيفة القاضي، إلا ما جاء على وجه الاستثناء بنص خاص .

٢- قواعـــد وأصـــول المـــرافعات تـــنظم العمـــل القضائي، ولا يعمل بها في الأعمال الولائية، كحرية الدفاع وعلانية الجلسات .

٣- لا يحـــوز حجية الشيء المحكوم به، إلا الأحكام الصادرة في حدود وظيفة المحكمة القضائية واختصاصها ، أما الأعمال الولائية فلا تحوز هذه الحجية .

٤- يســـقط الحـــق المحكـــوم به بالتقادم (١٥) سنة ، أما العمل الولائي فإذا لم يقدم للتنفيذ خلال (٣٠) يوم من تاريخ صدوره يسقط .

٥- يبطل الحكم إذا لم يسبب تسبيباً كافيا،بخلاف العمل الولائي فلا يحتاج إلى تسبيب، إلا إذا خالف أمراً سبق صدوره .

٦- يجـــوز الطعـــن فـــي الأحكـــام القضـــائية بطـــرق الطعن المعروفة ،كالاستئناف والاعتراض وإعادة المحاكمة ، بخلاف العمل الولائي فلا يطعن فيه بهذه الطرق .

٧- العمل الولائي معجل التنفيذ بقوة القانون، بخلاف الحكم القضائي فلا ينفذ إلا بعد أن يصبح غير قابل للطعن . (٢)

---

(١) الحمادي ،حجية الحكم القضائي ،ص ١٩٦.

(٢) أبو الوفا ، أحمد ،(١٩٧٩).أصول المحاكمات المدنية ، (ط٢). بيروت :مكتبة مكاوي ،ص٧٠٦.

-الفرع الرابع : تقسيم الأحكام بالنظر إلى المحكوم به :

١- **الحكـــم بالاستحقاق** : هو الحكم الذي يلزم الحاكم فيه المحكوم عليه بالحق المحكوم فيه ، ويقال له حكم استحقاق ؛ لثبوت استحقاق المدعي للمدعى به .

ويســـمى بقضاء ملك وقضاء إلزام ، فالحكم القضائي إذا صدر لصالح المدعي سمي حكم استحقاق .

٢- **الحكـــم بالترك** : منع القاضي المدعي من المنازعة بعد استيفاء إجراءات التقاضي كاملة،والوصول إلى نتيجة مفادها أن المدعي غير محق في دعواه إذا لم يستطع إثباتها، فـــالحكم القضـــائي إذا صدر لصالح المدعى عليه ومنع المدعي من منازعته كان حكماً بالترك .(١)

والحكـــم بالبيـــنة أو الإقرار قضاء بالاستحقاق؛ لأن الحاكم يلزم المدعى عليه بما أقر به أو بما ثبت عليه بالبينة .

أمـــا الحكـــم باليميـــن إذا عجز المدعي عن الإثبات وطلب تحليف المدعى عليه فهو قضاء بالترك ،أي بترك المدعي للمدعى عليه . (٢)

ومن حيث الحجية فالحكم بالاستحقاق له حجية مطلقة ، فلا يحق للقاضي إعادة النظر في القضـــية بـــنفس الخصوم ، أما الحكم بالترك فلا يكتسب تلك الحجية، إذ قد يحصل المدعي على بينة جديدة تمكنه من إثبات دعواه فيعاد النظر في القضية من جديد .(٣)

وأصول المحاكمات لا تجيز سماع الدعوى مرة أخرى أمام القضاء إلا بطريق إعادة المحاكمة ، وبشـــروط أوردهـــا القـــانون علـــى سبيل الحصر،وهذا في القانون يعد قضاء رد وليس قضاء ترك،وهو ملزم للمدعي بعدم العودة إلى ذات الدعوى ومطالبة المدعى عليه.

ويتفق القانون في حكم الاستحقاق مع الشريعة ، أما الترك فلا عبرة به في القانون ، فالقاضي إما أن يحكم بالاستحقاق أو أن يحكم بالرد ، وللحكم بالرد حجية في القانون كحجية الحكم بالاستحقاق . (٤)

---

(١) أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون ،ص٤٧٠-٤٧٤.
(٢) خوري،فارس،(١٩٨٧).أصول المحاكمات الحقوقية ،(ط٢). عمان :الدار العربية للنشر والتوزيع ،ص٣٦٤.
(٣) أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون ،ص٤٧٠-٤٧٤.
(٤)خوري،أصول المحاكمات الحقوقية ،ص٣٦٤.

-المطلب الثاني :أنواع الحكم القضائي في القانون:

الهـدف مـن الدعـوى هـو الحصول على حكم ينهي النزاع، ويفصل الخـصومة ،وهذه هي الوظيفة الأساسية للقضاء،ولكن ليس كل قرار تصدره المحكمة أو الهيئة القـضائية حكمـاً بهـذا المعنى،ومن هنا وجب التفريق بين الأحكام والقرارات من جهة، وبين الأحكـام ذاتها من جهة أخرى(١) ، والقرارات ما تصدره المحكمة بما لها من سلطة ولائية أو إداريـة وهـي بخلاف الحكم المنهي للنزاع أو الخصومة، مثل تنحي القاضي عن نظر الدعوى لقرابة بينه وبين الخصوم، والحكم بتعيين حارس قضائي على عين ،حتى يفصل في النزاع على ملكيـتها، وأي إجـراء يتعلق بتنظيم السير في الخصومة والدعوى، كالحكم بوقف الدعوى حتى يفصل في مسألة أولية من اختصاص محكمة أخرى(٢).

ويعدُّ الحكم القضائي الفاصل في الدعوى شكلاً معيناً من القرارات القضائية الصادرة من المحكمة،إلا انه العمل الأخير الفاصل، وهو الذي يحدد المركز القانوني المتنازع عليه، و بمجرد إصداره من قبل الهيئة القضائية المختصة بإصداره ، يصبح مجرداً من سلطة تناوله من جديد بأي تعديل أو إلغاء ،وتصبح هذه السلطة ثابتة للمحكمة المختصة بالطعن بالحكم أمامها بإحدى طرق الطعن الجائزة قانوناً، والقرارات والأوامر لا يقبل الطعن فيها مبدئياً، وليس للمتظلم فيها إلا أن يعرض تظلمه على من أصدرها، والقرار المتخذ في التظلم يصبح حكماً يصح الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام ، فهذه القرارات ليس لها قوة الشيء المقضي به الثابتة للأحكام القضائية الفاصلة للخصومة(٣) ، فالحكم مما تقدم قرار قضائي فاصل في الخصومة، وهو القرار القطعي المحدد للمراكز القانونية بعد فصل الدعوى .

---

(١) أبو الوفا ، أصول المحاكمات المدنية ، ص٦٣١.
(٢) المصدر نفسه ، ص٦٣٢.
(٣) عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية ، ص١٠٥٨.

-وللأحكام تقسيمات مختلفة ومتعددة منها:-

-الفرع الأول: الأحكام من حيث قابليتها للطعن فيها :-

١-**أحكـــام ابتدائــية**:وهـــي الأحكـــام التي تصدر من محكمة الدرجة الأولى وتقبل الطعن فيها بالاستئناف.

٢-**أحكـــام انتهائــية** : وهـــي الأحكـــام التـــي لا تقـــبل الطعـــن فيها بالاستئناف سواء كانت صـــادرة مـــن محكمـــة الدرجـــة الأولـــى أم محكمـــة الدرجـــة الثانـــية، ولو كان غيابيا قابلا للطعـــن فـــيه بالمعارضـــة مـــا دام الطعـــن فـــيه بالاســـتئناف غير جائز ،ويجوز الطعن فيه بطرق الطعن غير العادية بالتماس إعادة النظر-إعادة المحاكمة-أو النقص.(١)

٣-**الأحكـــام الحائـــزة لقـــوة الشـــيء المحكـــوم فـــيه**:وهـــي الأحكـــام التـــي لا تقبل الطعن بطـــرق الطعـــن العادية،ويمكـــن الطعـــن فـــيها بطـــرق الطعـــن غير العادية النقص وإعادة المحاكمة.

-والفـــرق بيـــنها وبيـــن سابقتها الأحكام الانتهائية ، أنها وان كانت لا تقبل الاستئناف، إلا أنها يجوز الطعن فيها بطرق الطعن العادية فيمكن الطعن بها بطريق المعارضة إذا كان الحكم غيابيا، إلا إذا كـــان الحكـــم وجاهـــيا فانه يرتقي إلى هذه الدرجة من الأحكام؛ لعدم جواز الطعن به بطـــرق الطعـــن العادية(٢)، إلا إذا نص القانون على ذلك،أما هذا النوع فلا يطعن به إلا بطرق الطعن غير العادية فقط.

٤-الأحكـــام الباتة: وهي الأحكام التي لا تقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية.(٣).

---

(١) أبو الوفا ، أصول المحاكمات المدنية ، ص٦٤٥.
(٢) - أبو الوفا ، أصول المحاكمات المدنية،ص٦٤٥.
- عمر ، أصول المرافعات المدنية والتجارية ، ص١٠٦٢.
(٣) أبو الوفا ، أصول المحاكمات المدنية ، ص٦٤٦.

-الفرع الثاني :من حيث حضور الخصوم وغيابهم:

١- **الحكـم الحـضوري** : إذا كـان الخصوم قد حضروا الجلسات التي نظرت فيها الدعـوى سـواءً بأنفسهم أو بوكلاء عنهم ، ولو لم يبد الخصم أقوالاً أو طلبات ويـسمى فـي أصـول المحاكمات الشرعية بالحكم الوجاهي لصدروه بمواجهة الطـرفين وحـضورهما لجلسات الدعوى (١)،ويعتبر الحكم وجاهياً لو حضر المدعـى علـيه جلـسة ثم غاب بعدها ، وعليه استقر اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية .(٢)

٢- **الحكـم الغيابـي** :إذا صـدر الحكم والمدعى عليه لم يحضر، وصدر الحكم في الموضـوع رغـم ذلك ،وقد صدر هذا الحكم باستماع القاضي إلى أحد أطراف الخـصومة ، وقـد وصف هذا الحكم بالضعف من حيث صحة القضاء الوارد به (٣)؛ لعدم إعطاء الخصم فرصة بالدفاع عن نفسه ، فقد يكون لديه من الأدلة مـا يـسهل بـه إبطال هذا القضاء ونقضه ، وأما من حيث الحجية فإذا انتهت مواعيد الطعن التي حددها القانون وأصبح غير قابل للطعن، فلا فرق بينه وبين الوجاهـي و الحـضوري فـي التنفـيذ والحجية وتحديد المراكز القانونية في المتنازع عليه .

(١) أبو الوفا ، أصول المحاكمات المدنية ،ص٦٤٧.
(٢) أبو البصل ، شرح قانون أصول الحاكمات الشرعية،ص١٩٨ .
(٣) أبو الوفا ،أصول المحاكمات المدنية والتجارية ،ص٦٤٨.

-الفرع الثالث :من حيث الحجية المترتبة عليها :

١-**الأحكام القطعية** :وهي الأحكام التي تحسم النزاع في موضوع الدعوى أو في شق منه ، أو في مسألة متفرعة عنه ، كالحكم الصادر باختصاص المحكمة أو بعدم قبول الدعوى ، وهذه الأحكام لا يحق للمحكمة الرجوع عنها ،وتسمى بالأحكام المنهية للخصومة .

٢- **الأحكام غير القطعية** : وتسمى بالأحكام غير المنهية للخصومة ، وتقسم إلى قسمين:

أ-**الأحكام الوقتية** : أحكام الغرض منها اتخاذ إجراء تحفظي أو وقتي لحماية مصالح الخصوم ، أو لحفظ أموالهم حتى يتم الفصل في موضوع النزاع؛ حرصاً على تفادي الضرر الذي يلحق بتأخر الفصل في الموضوع مثل تعيين حارس قضائي على عين متنازع عليها لحين الفصل فيها ، وتحوز حجية مؤقتة ، فإذا جاء الحكم الفاصل بتغيير مراكز الخصوم، أمكن تعديله حسب ما جاء في الحكم الفاصل في العين المتنازع عليها. (١)

ب- **الأحكام المتعلقة بسير الدعوى أو بإجراءات الإثبات وتقسم إلى :**

أحكام تمهيدية و أحكام تحضيرية .

والفرق بينهما بأن الحكم التمهيدي ينبئ ويشير إلى توجه المحكمة ورأيها في موضوع النزاع،فمثلاً الحكم بتكليف خبير لتقدير الضرر الذي أصاب المدعي يعد تمهيداً للحكم بالضرر ، وبقي من النزاع أو الخلاف تقدير قيمة الضرر فقط .

ووضعوا ضابطاً للحكم التمهيدي بأنه يترتب عليه تحسين لمراكز أحد الخصوم دون الآخر ، أما إذا بقي بعد الحكم تعادل في مراكز الخصمين، كان الحكم تحضيريا لا تمهيدياً ، ويكفي لكونه تمهيدياً أن يشير إلى اتجاه المحكمة في موضوع النزاع.(٢)

وهذا التقسيم مشابه للتقسيم الوارد في أصول المحاكمات المدنية والشرعية من أن القرارات القضائية أربعة أقسام : القرار الإعدادي ، القرار المؤقت ، قرار القرينة ، والقرار القطعي .(٣)

وبالنظر في أنواع القرارات المذكورة بأنها ذات التقسيم المتقدم ، فالقرار الإعدادي يقابل الحكم التحضيري ، والقرار المؤقت يقابل الحكم الوقتي ، وقرار القرينة يقابل الحكم التمهيدي ، والقرار القطعي هو الحكم القطعي ، فهو عين التقسيمات وإن اختلفت التسميات.

---

(١) -أبو الوفا ، أصول المحاكمات المدنية ، ص٦٤١.
-عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية ، ص١٠٦١.
(٢) أبو الوفا ، أصول المحاكمات المدنية ، ص٦٤٣.
(٣)-أبو البصل،عبد الناصر،(١٩٩٩).شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي،(ط١). عمان: ص١٩٥.
-خوري ،أصول المحاكمات الحقوقية ،ص٥٠٥.
-مبارك،سعيد عبد الكريم،(١٩٩٦).شرح أحكام قانون الإجراء الأردني،(ط١).مركز حماد للطباعة،ص٢٩.

-الفرع الرابع :تقسيم الأحكام بالنظر إلى الموضوع :

١- **أحكـــام موضـــوعية** :وهي التي تفصل في الطلبات والدفوع الموضوعية ويترتب عليها العديد من الآثار الموضوعية كحجية الشيء المقضي به .

٢- **أحكـــام إجرائية** : تفصل في مسائل المرافعات التي تثور أثناء سير الإجراءات ،ولا يترتب عليها حجية الشيء المقضي به ، وتنحصر قوتها داخل الإجراءات .

وهـــذه التقسيمات الواردة ليست على سبيل الحصر بل هي بعض التقسيمات ، وتختلف وتـــتعدد باخـــتلاف النظر ، كما أن الحكم الواحد من الممكن أن يجتمع فيه العديد من هذه الصفات والاعتبارات **مثال:**

الحكم الصادر في الموضوع سواء برفضه أو بإجابة المدعي إلى كل طلباته، فهذا الحكم هو :

١- حكم في الموضوع .

٢- حائز لحجية الشيء المقضي به .

٣- ابتدائي أو انتهائي حسب حال الدعوى .

٤- منهي للخصومة.

٥- حضوري أو غيابي .

٦- حكم قطعي (١) .

---

(١) عمر ، أصول المرافعات المدنية والتجارية ، ص١٠٦٢.

-المبحث الرابع : مقومات الحكم القضائي :-

قـوام كل شيء عماده ونظامه ،وقوام الإنسان ما يقيمه من القوت، وقوام الأمر ما يقـوم به،وقوام الرجل قامته وحسن طوله ،وهو قوام أهل بيته أي الذي يقيم شأنه(١)، ومنه قوله تعـالى:"**ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً**"(٢)،أي الأشياء التي بها تقوم أموركم قياما وقواما(٣) .

فمقومـات الحكـم أركانه ،والركن من ركن يَركَنَ ويَرْكُن ركنا وركونا،وركن الشيء جانبه الأقـوى، والركن الناحية القوية،والجمع أركان وأركن،فأركان كل شيء جوانبه التي يستند إليها ويقـوم بها، وهي جزء داخل في ماهيته ،وعليه فأركان الحكم ومقوماته هي عماده وما يقوم به ويستند إليه، وهذه الأركان والمقومات داخلة في حقيقته وماهيته وبها يقوم(٤) .

وعـرف الركـن في الاصطلاح الشرعي بأنه : ما يقوم به ذلك الشيء من التقوم إذ قـوام الشـيء بركـنه ، وقـيل ركن الشيء ما يتم به وهو داخل فيه بخلاف شرطه فهو خارج عنه (٥)، فركن كل شيء قوامه .

وقد صرح بعض الفقهاء بهذه الأركان والمقومات ومن نصوصهم في ذلك:

-"أركان القضاء وهي ستة : - القاضي والمقضي به والمقضي له والمقضي فيه والمقضي عليه وكيفية القضاء "(٦).

- ونظمها ابن الغرس الحنفي بقوله:

"أطراف كل قضية حكمية ست يلوح بعدها التحقيـــق

حكم ومحكوم به وله ومحكوم عليه وحاكم وطريـق"(٧) .

-"أركـان القضـاء خمسـة : القاضـي والمقضـي بـه والمقضـي فـيه والمقضـي له والمقضي عليه" (٨) .

---

(١) ابراهيم أنيس وآخرون ، المعجم الوسيط ، ج٢،ص٧٦٨.
(٢) سورة النساء ، آية : ٥.
(٣) ابن منظور ، لسان العرب ، ج١٢، ص٤٤٩.
(٤) المصدر نفسه ، ج١٣،ص١٨٥.
(٥) الجرجاني،علي بن محمد (ت٨١٦هـ). التعريفات ،ط٣، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٨،ص١١٢.
(٦) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١، ص١٧.
(٧)ابن الغرس،الفواكه البدرية،ص٥.
(٨) البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦، ص٢٨٥.

نلاحظ أن ابن فرحون اعتبرها ستة أركان، واعتبر أصول وإجراءات التقاضي ركنا مـن هذه الأركان، ويظهر هذا من بيانه لها بقوله " وكيفية التقاضي " وبالرجوع إلى تفصيل هذه الكيفية يظهر جلياً أنه أراد بها أصول وإجراءات التقاضي ،مع أن التعريف اللغوي لركن الشيء وقوامـه والـتعريف الاصـطلاحي أيضا يعتبر الركن داخلا في الماهية، ومما يقوم به الشيء ، وإجـراءات وأصـول وكيفـية القضـاء في حقيقتها خارجة عن الحكم، وإنما هي شروط يجب مـراعاتها والالتزام بها في القضاء ،وهذا لا يقلل من أهميتها إذ أنها لها اعتبار في بطلان الحكم القضـائي،إذ تجاوز هذه الإجراءات والأصول سبب كافٍ في بطلان الحكم القضائي ،كما سيأتي معـنا تفصـيلاً فـي هذه الرسالة في الفصل الثالث منها بطلان الحكم القضائي لخلل في أصول وإجراءات التقاضي .

ويلاحـظ على الأركان التي ذكرها البهوتي في كشاف القناع بأنه ذكر خمسة من الأركان الستة ولم يذكر طريق الحكم وأسبابه.

ويلاحـظ علـى مـا ذكـره ابـن الغرس بأنه عدَّ الطريق طرفاً من أطراف القضية الحكمـية، فأضـاف طـريق الحكم التي تختلف بحسب اختلاف المحكوم به، فقد تكون البينة أو الإقرار أو اليمين أو النكول أو علم القاضي أو القرائن الواضحة، ولم يذكر ابن الغرس المقضي به وأراد بالمحكوم به المحكوم فيه والمقضي فيه عند غيره .

فـإذا أضفنا طريق الحكم إلى ما ذكر البهوتي من أركان القضاء الخمسة، وإلى ما ذكر ابن فـرحون من أركان القضاء الستة التي استثنينا منها الركن السادس وهو كيفية القضاء؛ لأنها أمر خارج عن الحكم يتحصل لدينا أن مقومات الحكم و أركانه ستة هي :

١. القاضي .
٢. المقضي به.
٣. المقضي فيه.
٤. المقضي له.
٥. المقضي عليه.
٦. الطريق.

- أمـــا القاضي فهو الشخص الذي له ولاية إصدار الأحكام:"يقصد بالقضاة كل من يتولى منصب القضاء"(١).

-والمقضي به هو الحكم بكتاب الله تعالى ،فإن لم يجد فبسنة النبي -صلى الله عليه وســلم-، فــإن لــم يجد فبما قضى به الصحابة بما اتفقوا عليه، فإن اختلفوا تخير مــن أقوالهــم، ولم يخالفهم جميعاً ،وقيل أن له أن يجتهد وإن خالفهم جميعاً، وكذلك الحكــم بإجمـــاع التابعين بعد الصحابة وفي كل إجماع ينعقد في كل عصر إلى يوم القيامة (٢).

-والمقضــــي له وهـــو كـــل مـــن تجوز للقاضي شهادته ، وهو الشرع في الحقوق المحضة أو التي غلب فيها حق الله أو العبد فيما تمحض فيه حق العبد أو غلب(٣).

-المقضـــي علـــيه وهو العبد دائماً وهو كل من توجه عليه حق، إما بإقراره إن كان ممن يصح إقراره ،وإما ببينة بعد العجز عن الدفع و الإعذار (٤).

-المقضي فيه وهو جميع الحقوق وهو أربعة أقسام :-

١- الحق المحض لله تعالى كحد الزنى أو الخمر .

٢- حق العبد المحض كحقه في ملكية عين أو مال معين

٣- ما اشترك فيه حقان :حق الله وحق العبد وغلب فيه حق الله كحد القذف.

٤- ما اشترك فيه حقان :حق الله وحق العبد وغلب فيه حق العبد كالقصاص(٥).

-طـــريق الحكم التي تختلف بحسب اختلاف المحكوم به فقد تكون البينة أو الإقرار أو اليمين أو النكول أو علم القاضي أو القرائن الواضحة.(٦) .

---

(١) أبو الوفا ، أصول المحاكمات المدنية ، ص٧٩.
(٢) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١،ص٤٥.
(٣) -ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٥، ص٣٥٣.
-ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١،ص٦٥.
(٤) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١، ص٦٨.
(٥)- ابن الغرس،الفواكه البدرية،ص٢٤.
-ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٥، ص٣٥٣.
(٦) -ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٥،ص٣٥٤.
- ابن الغرس،الفواكه البدرية،ص٧٨-٨٣.

وهــذه المقومــات لها شروط لا بد أن تتوفر لصحة اعتبارها ، وان فقدان هذه المقومــات أو بعضــها، أو فقــدان الشروط الواجب توفرها في هذه المقومات ؛ لهو السبب في بطــلان الحكــم القضــائي ، فكــان لا بد من دراسة هذه المقومات دراسة دقيقة للوقوف على المطلــوب فــيها للوصول إلى حكم قضائي صحيح ،تترتب عليه آثاره ، وبمعرفتها يمكن نقض وإبطــال الحكــم الــذي لــم يستجمع هذه الأركان، ولم يحقق شروطها ؛ لذلك سيتم دراسة هذه المقومات في الفصل الثاني تفصيلا فهي الطريق لمعرفة أسباب بطلان الحكم القضائي.

-الفصل الأول : في بيان معنى البطلان والأصل الشرعي له :

للــتعرف علـــى حقــيقة البطلان وماهيته ، كان لا بد من الوقوف على المعنى اللغوي والشرعي له والألفاظ المستخدمة في الدلالة عليه ،وقد تناولت هذا الفصل في المباحث التالية :

-**المبحث الأول:** تعريف البطلان.

-**المطلب الأول :** البطلان لغة.

-**المطلب الثاني :** البطلان اصطلاحا.

-**الفرع الأول :**البطلان في الاصطلاح الشرعي.

-**الفرع الثاني:**البطلان في الاصطلاح القانوني .

-**المبحث الثاني :**الألفاظ ذات الصلة والألفاظ المستخدمة للدلالة على البطلان .

-**المطلب الأول :** الألفاظ ذات الصلة والألفاظ المستخدمة للدلالة على البطلان في الفقه الإسلامي.

-**المطلب الثاني :** الألفاظ ذات الصلة والألفاظ المستخدمة للدلالة على البطلان في القانون .

-**المبحث الثالث :** الأصل الشرعي لاعتبار للبطلان.

-**المطلب الأول :** مشروعية اعتبار البطلان من الكتاب.

-**المطلب الثاني :** مشروعية اعتبار البطلان من السنة.

-**المطلب الثالث :** مشروعية اعتبار البطلان من المعقول.

-الفصل الأول :في بيان معنى البطلان والأصل الشرعي له :

-المبحث الأول : تعريف البطلان :

-المطلب الأول :تعريف البطلان لغة :

من بَطَلَ يَبطُلُ بُطلاً و بُطولاً و بُطلانا،أي ذهب ضَياعاً وخُسراً فهو بَاطِلٌ(١) وبَطَلَ فسد وسقط حكمه،فيقال بَطَلَ البيع وبَطَلَ الدليل فهو باطل ،قال تعالى :"**ولا تبطلوا أعمالكم** "(٢) ،(٣) ،والباطِلُ ضد الحق ونقيضه والجمع أبَاطِيل ويجمع الباطل بَوَاطِلٌ ، قال تعالى :"**وما يبدئ الباطل وما يعيد**" (٤) ، ويُقالُ رجلٌ بَطّالٌ أي ذو باطل بيّن البُطُولُ ، وتَبَطّلوا بينهم تداولوا الباطل (٥) وأبْطَلَ أتى بالباطل فهو مُبْطِلٌ،و أبْطَلْتُ الشيء جعلته بَاطِلاً،ويطلق الباطل على إبليس فهو صاحب الباطل، ويطلق الباطل على الهدر فيقال ذهب دمه بَطَلاً أي هدرا(٦) إذا قتل ولم يُأخذ له ثأرٌ ولا دية (٧)، و التبطل فعل البطالة وهو اتباع اللهو والجهالة ، وبطل الأجير بالفتح يبطل بِطالة وبَطالة أي تعطل فهو بَطّالٌ من التعطل والتفرغ عن العمل .(٨)

ورجلٌ بَطلٌ من البطولة وهي الشجاعة فتَبْطُلُ جراحاته فلا يكترث لها ، أو من بطلان دماء الأقران عنده والجمع أبطال (٩) .

وذكر القرطبي في تفسيره لقوله تعالى :"**ولا تلبسوا الحق بالباطل** " (١٠) ،معنىً آخر للباطل وهو الزائل ،فقال : " الباطل في كلام العرب خلاف الحق ومعناه الزائل " قال لبيد: " ألا كل شيء ما خلا الله باطل " (١١) .

---

(١) ابن منظور ، لسان العرب ،ج١١، ص٥٦.
(٢) سورة محمد ، آية ٣٣.
(٣) ابراهيم أنيس وآخرون ، المعجم الوسيط ، ج١،ص٦١.
(٤) سورة سبأ ، آية ٤٩.
(٥) الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ،ج٣،ص٣٣٥.
(٦) ابن منظور ، لسان العرب ،ج١١، ص٥٦.
(٧) محمد أنيس وآخرون ، المعجم الوسيط ، ج١،ص٦١.
(٨) ابن منظور ، لسان العرب ،ج١١، ص٥٦،٥٧.
(٩) الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ،ج٣،ص٣٣٥.
(١٠) سورة البقرة ، آية ٤٢.
(١١) القرطبي ، محمد بن أحمد ، ت ٦٧١ه، ١٢٧٣م، الجامع لأحكام القرآن ،مؤسسة مناهل العرفان، بيروت ،ج١،ص٣٤٣.

وأشـــار القـــرآن إلـــى معنىً آخر للباطل ،وهو الذريعة المتخذة لتحصيل أمرٍ غير مـــشروع كقـــوله تعالى :" **ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام ،لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم** " (١) ؛ لأن ما أدى إلى باطل فهو باطل .(٢)

يتضح مما ذكره أهل اللغة أن الباطل هو ضد الحق ونقيضه، وأنه يقوم على الظلم ،وأكل حقـــوق الـــناس وعلى الجهالة وهدر الحقوق والخسران والضياع والزلل، وكل هذا مما ليس له اعتـــبار أو قـــيمة، لـــذلك قـــال الله تعالى كما تقدم في الآية السابقة "**ولا تبطلوا أعمالكم** "(٣) ، وبنظـــرة في المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم(٤) ، نجد أن كلمة الباطل ومشتقاتها وردت فـــي القرآن الكريم ستاً وثلاثين مرّة بين نهي وذم وعدم اعتبار لهذا الباطل ،وآيات كتاب الله هي خير الشواهد اللغوية في الدلالة على المعنى ومنها:

-قوله تعالى"**فوقع الحق وبطل ما كانوا يعملون** " (٥)،أي فسد وسقط حكمه ولم يثمر هذا العمل.

-وقوله تعالى"**ليحق الحق ويبطل الباطل ولو كره المجرمون** "(٦)، فالباطل نقيض الحق.

- "**ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل**"(٧) ، والباطل هنا الظلم .

- " **إن هـــؤلاء متبـــر مـــا هـــم فيه وباطل ما كانوا يعملون** "(٨) ، والباطل هنا من الضياع والخسران والهدر الذي لا قيمة له .

وهـــذه المعاني المفهومة من الآيات هي التي تقدمت في كلام أهل اللغة في المراد بالباطل والبطلان هي من مشتقات بَطَلَ ، و بطل الشيء يبطل بطلاناً .

وقد ذكر في المعجم الوسيط أن الباطل في اصطلاح الفقهاء " ما وقع غير صحيح بأصله بخلاف الفاسد الذي يقع صحيحاً في جملته ويعوزه بعض الشروط " (٩).

وسيأتي ذلك تفصيلاً في تعريف البطلان شرعاً .

---

(١) سورة البقرة ، آية :١٨٨.
(٢)الدريني،(١٩٩٤)محمد فتحي ،بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله ،(ط١). بيروت :مؤسسة الرسالة ، ج١،ص٢٧٠.
(٣)سورة محمد ،آية ٣٣.
(٤) محمد فؤاد عبد الباقي،المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، دار إحياء التراث العربي،بيروت،ص١٣٣.
(٥)سورة الأعراف ، آية١١٨ .
(٦) سورة الأنفال ، آية٨.
(٧) سورة البقرة ، آية ١٨٨ .
(٨) سورة الأعراف ، آية ١٣٩.
(٩) ابرهيم أنيس وآخرون ، المعجم الوسيط ، ج١،ص٦١.

-المطلب الثاني: البطلان اصطلاحاً :

-الفرع الأول: البطلان في الاصطلاح الشرعي :

لا يخــرج البطلان في الاصطلاح عما تقدم في تعريف البطلان لغة، فهو كما يفهم مــن نصوص الفقهاء، العمل الذي لا يترتب عليه أثره ،والعمل الذي لا يثمر ، فكل ما لا يترتب عليه الثمرة والأثر المطلوب منه،فهو باطل سواءً كان عقداً أو عبادة أو معاملة أو حكماً قضائياً، فقيمة العمل بما يترتب عليه شرعاً من أثر ونتائج فإن فقدها، فلا عبرة بهذا العمل ويعدُّ هدراً.

وقــد عرف العلماء الباطل قديماً وحديثاً ،والبطلان مصدر بطل والباطل إسم الفاعل ، ومن التعريفات الواردة في الباطل والبطلان:

- "الــباطل هــو الــذي لا يكــون صحيحا بأصله،الباطل ما لا يعتد به وما لا يفيد شيئاً " (١) .
- " الــباطل هــو الــذي لا يثمر؛لأن السبب مطلوب لثمرته ، والصحيح هو الذي أثمــر"(٢).وهــو نفس التعريف الذي ذكره ابن قدامة المقدسي في روضة الناظر بالنص (٣) .
- " البطلان هو نقيض الصحة بكل اعتبار "، وعرف الصحة بقوله :" صحة العقد ترتب ثمرته المطلوبة منه عليه " (٤) .
- "البطلان وهو ما يقابل معنى الصحة فله معنيان :

"أحدهما: أن يراد به عدم ترتب آثار العمل عليه في الدنيا " (٥) .

"وثانيهما :عدم ترتب آثار العمل عليه في الآخرة وهو الثواب" (٦).

ونلاحــظ ممــا تقــدم من تعريف العلماء للبطلان والباطل أنهم متفقون في عدم ترتب الأثر المــرجو من العمل عليه، وعدم إنتاجه للثمرة المطلوب الحصول عليها ،لكن السؤال الذي يطرح نفســه في هذا الموضع ،ما الذي يجعل العمل سواء كان عبادة أو معاملة أو حكماً قضائياً لا يفيد شيئاً ولا يعتد به،ولا تترتب عليه آثاره؟

---

(١) الجرجاني ، كتاب التعريفات ، ص٤٢.
(٢) الغزالــي،محمد بــن محمــد أبــو حامد (ت٥٠٥ه). المستصفى من علم الأصول ،ط١،المطبعة الأميرية ببولاق،مصر ١٣٢٤، ج١،ص٩٥.
(٣) المقدســي ، ابــن قدامــة موفــق الدين أبي محمد،(ت٦٢٠ه) . روضة الناظر وجنة المناظر ،ط٢،مكتبة المعارف،السعودية ،١٩٨٤م/١٤٠٤ه،ج١ ،ص١٦٦.
(٤) الآمدي،سيف الدين أبي الحسن علي،(ت ٦٣١ه).الإحكام في أصول الأحكام،١٣٨٧ه/١٩٦٨م،ج١،ص١٢١.
(٥)الشــاطبي ، إبراهــيم بــن موسى بن محمد ، (ت٧٩٠ه).الموافقات،ط٦،١م،(تحقيق مشهور بن حسن آل سلمان)،دار ابن عفان ، السعودية -الخبر،١٤١٧ه/١٩٩٧م ،ج١،ص٤٥٢.
(٦) المصدر نفسه ،ج١،ص٤٥٥.

الجـــواب أن هذا البطلان إما أن يعود إلى ذات العمل ومشروعيته،وهذا يتعلق بأصله،فإذا اختل ركن من الأركان الواجب توفرها في موضوعنا،وهو الحكم القضائي على سبيل المثال،عاد علـــى الحكـــم بالـــبطلان،وقد يكـــون الخلل في الشروط الواجب توفرها في العمل عقداً كان أو حكماً،وفـــي ذلـــك يقول الدكتور فتحي الدريني :" أن الصحة والفساد والبطلان،أوصاف يضيفها المـــشرع علـــى المشروعات من العبادات والمعاملات ، أحكاماً دنيوية وقضائية،تبعاً لكونها قد تحققـــت حقائقهـــا الـــشرعية من أركان وشرائط تكوين وانعقاد أو شرائط صحة ، فيحكم عليها بالصحة ، أو تخلف شيء من مكوناتها أو شروطها فيحكم عليها بالبطلان أو الفساد "(١) .

وقد عرف البطلان بقوله:" وأما مفهوم البطلان فيعني انعدام معنى التصرف لخلل جوهري فـــي أركانه،فتـــنعدم بـــذلك المشروعية أصلاً بحيث يخرج عن اعتبار الشارع،والمعدوم شرعاً كالمعـــدوم حـــساً إذ لم تنعقد سببية التصرف لحكمه؛ لانعدام معناه شرعاً، فلا يكون مشروعاً لا أصلاً ولا وصفاً ، ولا يترتب عليه أي أثر من الآثار المقصودة منه " (٢).

وقد وضح الشاطبي في الموافقات حقيقية البطلان بمعنيين :

الأول: أن يـــراد بالبطلان عدم ترتب آثار العمل عليه في الدنيا ، ففي العبادات تكون غير مجزئة ولا مـــسقطة للقضاء ،وكون العبادة باطلة إنما هو لمخالفتها قصد الشارع ، وقد تكون المخالفة راجعـــة إلى ذات العبادة، فيطلق عليها لفظ البطلان، كالصلاة من غير نية، أو الصلاة إذا كان ينقـــصها ركعـــة أو ســـجدة ، فالخلل لحق بالأركان في هذه الحالة،وقد يكون البطلان لخلل في وصف خارجي منفك عن الحقيقة والذات ، كالصلاة في الدار المغصوبة .

والثانـــي : أن يراد بالبطلان عدم ترتب آثار العمل عليه في الآخرة، وهو الثواب، كالمتعبد رئاء الناس ، فالعبادة باطلة ولا يترتب عليها ثواب ، والمتصدق بالصدقة ثم يتبعها بالمن والأذى فقد أبطل صدقته ، قال تعالى :"**يا أيها الذين آمنوا لا تبطلوا صدقاتكم بالمن والأذى** " (٣).

وقال أيضاً :"**لئن أشركت ليحبطن عملك**" (٤) ،(٥) .

والعبادة التي حصل فيها الإشراك باطلة بالمعنيين في الدنيا والآخرة، ويلاحظ أن الشاطبي أكد على حقيقة أن البطلان إما أن يرجع إلى خلل في الأركان والذات وحقيقة العمل ، وإما أن يرجع الخلـــل في وصف خارجي لا يتعلق بالأركان وبالعمل نفسه ، وإن البطلان يؤدي إلى عدم ترتب الأثر على العمل سواء في الدنيا أو في الآخرة بحسب نوع العمل ونوع الخلل الذي لحق به .

---

(١) الدريني ، محمد فتحي ، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله ، ج١،ص٢٦٦.
(٢) المصدر نفسه ،٢٨٥.
(٣)سورة البقرة ، آية ٢٦٤.
(٤) سورة الزمر ، آية ٦٥.
(٥) الشاطبي ، الموافقات ،ج١،ص٤٥٥.

في ضوء ما تقدم في توضيح حقيقة البطلان ،فالبطلان في الحكم القضائي استحقاق هذا الحكم للنقض ؛ لأنه لا يفيد شيئاً ، ولا يترتب عليه الأثر الذي يترتب على الحكم القضائي الصحيح من الحجية والنفاذ واللزوم ونحوه، وأن هذا البطلان إنما يدخل على الحكم، إما لخلل في ذات الحكم ومقوماته وأركانه وهذا داخل في حقيقته ، وإما أن يعود لوصف خارجي من شروط وإجراءات التقاضي وعلى الحالين ، فإن هذا الحكم يستوجب النقض لظهور بطلانه ، وهذا على مذهب الجمهور بالنظر إلى أن البطلان سواء كان لخلل في الأركان أو لخلل في الوصف فإنه يعود على الأصل بالبطلان ، خلافا للحنفية الذين لا يوافقونهم في الخلل العائد لوصف خارجي،فلا يصفونه بالبطلان وإنما يصفونه بالفساد،فالفساد قسيم للصحة والبطلان عندهم،ولا يعود الخلل في الوصف على الأصل بالإبطال،فإذا تم تعديل هذا الوصف أصبح العمل أو الحكم صحيحا،ومسألة الخلاف بين الجمهور والحنفية في البطلان والفساد ستأتي تفصيلاً في المبحث القادم.

ولم أطلع على تعريف لبطلان الحكم القضائي بالذات،إلا ما جاء في كتاب نظرية الحكم القضائي للدكتور عبد الناصر أبو البصل حيث قال:"الحكم القضائي الباطل هو الحكم الذي فقد اعتبار الشارع له بحيث لا تترتب الآثار الشرعية عليه،وإن كان موجوداً في الحس والواقع"(١).

إلا أن هذا التعريف للبطلان لم يبين هل يدخل الخلل في الوصف في البطلان، أم يقتصر على الخلل في الأركان ،أم أنه لا فرق بين أن يكون الخلل في الأركان والذات أو في الوصف على مذهب الجمهور ، والناظر في أسباب بطلان الحكم القضائي، يجد أن الحكم القضائي قد يبطل لأمر خارج عن الذات والأركان ،وهو الخلل في إجراءات وأصول التقاضي، وقد أفردت له في هذه الرسالة فصلاً كاملاً ، والخلل في الإجراءات إذا أمكن تصحيحه فإنه يبطل من حيث الإجراء الباطل، وما قبله يعدُّ صحيحاً ، فالبطلان في الحكم القضائي يشمل الخلل في ذات الحكم أو في وصفه، والخلل في الركن أو الذات لا يقبل التصحيح ، والخلل في الوصف والشروط والإجراءات يقبل ذلك .

وذكر الدكتور فتحي الدريني أن منشأ البطلان خلل جوهري في أصل التصرف من أركانه، وما يتعلق بهذه الأركان من شروط للانعقاد ،و منشأ الفساد خلل في الوصف، وهو خارجٌ عن ذات التصرف ، ولكنه متصل فيه ، والخلل الجوهري يفقد الحكم اعتبار الشارع له فتنعدم المشروعية أصلاً ، والمعدوم شرعاً كالمعدوم حساً .

---

(١) أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون ،ص٥٠٦.

أما الخلل في الوصف فالأصل منعقد ، والمشروعية ناقصة يمكن إكمالها وتصحيحها ، أمـــا الخلل في الذات فيفقد فيه العمل ترتب أي أثر من الآثار المقصودة منه لو كان صحيحا، ولا يمكن تصحيحه؛ لأن المعدوم لا ينتج أثراً (١) .

وعلـيه فتعـريف **بطلان الحكم القضائي هو** :" وصف يلحق بالحكم القضائي لوجود عـيب أو خلل في مقوماته أو في أصول التقاضي وإجراءاته يؤدي إلى عدم اعتبار الشارع له ، وعدم ترتب آثاره المقصودة منه عليه وإلى استحقاقه للنقض ".

-شرح التعريف :-

-و صـف يلحـق بالحكم القضائي : فحقيقة البطلان أنه وصف ولا يعتبر إجراء،فإذا ظهر هذا الوصـف، يأتـي بعده الإجراءات والطرق المعتبرة في الوصول إلى نقض هذا الحكم وإبطاله، وعليه فالبطلان وصف،والإبطال الطريقة التي يتوصل بها إلى نقض الحكم وهي طرق الطعن .

-عيب أو خلل : مصدر البطلان وسببه .

-مقـوماته:أركانـه وهـو ما يعود على الأصل وذات الحكم بالبطلان،سواء بفقدان الركن أو شروط انعقاده وسيأتي تفصيلاً في الفصل الثاني .

-أصول وإجراءات التقاضي الخاصة به:وهي الإجراءات المعتبرة والواجبة الإتباع، التـي أحاطـت بـالحكم من رفع الدعوى إلى إصداره، وهذه يمكن تصحيح الإجراء الباطل فيها،والعودة إلى الإجراء الذي سبق هذا الإجراء الباطل .

-عـدم اعتبار الشارع له:الحكم الذي استحق وصف البطلان لا وجود له،ولا اعتبار فـي نظـر الـشارع؛لأنه فقد ركناً من الأركان الواجب توافرها لاعتباره،أو لم يلتزم بالطريق الواجب إتباعها في إصداره،ويمكن تصحيح الإجراء الباطل كما أسلفت .

-عـدم تـرتب آثـاره المطلـوبة مـنه علـيه: مـن حجية الحكم القضائي والنفاذ واللزوم ، ونحو ذلك مما سيأتي تفصيلاً في الفصل الرابع.

-اسـتحقاق النقض : فالحكم القضائي الذي لحق به وصف البطلان، استحق النقض والإبطال ، بخلاف الحكم الصحيح الذي استحق الحجية وهي عدم قابليته للنقض.

---

(١) الدريني ، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله ، ج١،ص٢٨٥.

-الفرع الثاني : البطلان في الاصطلاح القانوني :

اختلف فقهاء القانون في النظر إلى حقيقة البطلان على اتجاهين:

-**الاتجاه الأول :** أنه جزاء وعقاب على مخالفة القانون .

-**الاتجـــاه الثاني :** أنه وصف يلحق بالعمل القضائي والتصرف القانوني لوجود سبب من أسباب الـــبطلان، فـــيجعله غير قادر على إنتاج آثاره القانونية المقصودة منه ،وينكر أن البطلان جزاء وعقـــوبة ، ويقولـــون أنه لا مجال لاعتبار البطلان عقاباً و جزاءً ؛ لأن البطلان يرد في القانون المدنـــي الذي لا يعرف فكرة العقاب ، فلا يتصور أن يكون غرضه من البطلان توقيع عقوبة على شخص من الأشخاص ، وما يترتب على البطلان ينصب على التصرف القانوني نفسه، ولا ينصب على الأشخاص الداخلين في العلاقة القانونية التي تستند إلى تصرف باطل ، لذا لا يمكن اعتـــبار الـــبطلان عقـــوبة أو جزاءً ؛ لأن العقوبة لا بد أن تقع على شخص طبيعي أو معنوي وليست على عمل أو تصرف (١) .

– ومن تعريفات أصحاب الاتجاه الأول :

-" الـــبطلان هـــو الجزاء الذي رتبه القانون على مخالفة القواعد والإجراءات التي أوجب على المحـــاكم مـــراعاتها ، بحـــيث يـــصير الإجـــراء عـــديم الأثـــر لا يتـــرتب عليه ما قد يترتب علـــى الإجراء الصحيح من آثار قانونية، والبطلان في الحكم قد يكون لمخالفة القانون أو للخطأ في تطبيقه أو تأويله "(٢) .

ويلاحظ على هذا التعريف أنه يركز على مخالفة الإجراءات ، وإن كان الدكتور عبد الحكيم فوذه قد أشار بعدها إلى أنه لا يقتصر على الإجراء؛فقد يلحق ذات الحكم وقد يكون لإغفال الرد على طلب هام أو دفع جوهري،أو للقصور في تسبيب الحكم،أو غير ذلك من أسباب البطلان(٣).

-" البطلان جزاء إجرائي يستهدف كل عمل إجرائي لا يتوفر فيه عنصر أو أكثر من العناصر الجوهـــرية التـــي يلـــزم وجودها ، ويترتب عليه عدم إنتاجه الآثار القانونية التي ترتبها القاعدة الإجرائية عليه إذا كان كاملاً " .

فينظر إليه كجزاء بحرمان الشخص المخالف من الغاية التي يسعى إليها من الحكم(٤) .

-" الـــبطلان نـــوع من أنواع الجزاءات التي ينص عليها القانون الوضعي ،كجزاء على مخالفة العمل لنموذجه القانوني الموجود من الناحية النظرية في القاعدة القانونية ".

---

(١) الشواربي ، عبد الحميد . الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية ،الإسكندرية: منشأة المعارف ص١٨٧٢.

(٢) فـــوذه ، عـــبد الحكـــيم ،(١٩٩٦). الـــبطلان في قانون الأجراءات الجنائية ،الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ص٣١٣.

(٣) المصدر نفسه،ص٣١٤.

(٤)حدادين،لؤي جميل، (٢٠٠٠).نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية،(ط١).عمان،ص٨٤.

فالبطلان في جوهره هو جزاء على مخالفة العمل القانوني بوجه عام ، ويجعل العمل القانوني عاجزاً بذاته عن إنتاج وتوليد الآثار التي كان من الممكن أن يولدها لو كان صحيحاً. (١)

-" البطلان جزاء يرتبه المشرع وتقضي به المحكمة بغير نص، إذا افتقر العمل القانوني لأحد الشروط الشكلية أو الموضوعية المطلوبة لصحته قانوناً ، ويؤدي هذا الجزاء إلى عدم فاعلية العمل القانوني ، وافتقاده لقيمته القانونية في حالة صحته " (٢) .

- ومن تعريفات أصحاب الاتجاه الثاني :

-" البطلان وصف يلحق بالتصرف القانوني المعيب بسبب مخالفته لأحكام القانون المنظمة لإنشائه ،فيجعله غير صالح ؛ لإنتاج آثاره القانونية المقصودة منه "(٣)

-" وصف يلحق تصرفاً قانونياً معيباً لنشأته مخالفاً لقاعدة قانونية تؤدي إلىعدم نفاذه ". (٤)

فنلاحظ أن التعريف جعل البطلان وصفاً يلحق بالتصرف القانوني، الذي هو مصدر الآثار القانونية المقصودة منه ، فإذا لحق هذا الوصف بالعمل أو التصرف أو الحكم أفقده القدرة على إنتاج آثاره ،فالبطلان جزاء مدني القصد منه حماية القواعد القانونية الخاصة بإنشاء التصرفات القانونية(٥) .

-" وصف يلحق بالعمل القانوني نتيجة مخالفته لنموذجه القانوني، ويؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يرتبها القانون عليه لو كان صحيحاً " وعلى هذا يكون الحكم باطلاً متى تخلف فيه أحد العناصر الموضوعية، ولم تتحقق شروطه القانونية (٦) .

-" البطلان تكييف قانوني لعمل يخالف نموذجه القانوني ،مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاجه الآثار التي يرتبها عليه القانون إذا كان كاملاً " (٧) .

فالتعريف يشترط وجود عيب ومخالفة للنموذج القانوني، و هذا العيب يؤدي إلى عدم إنتاج العمل لآثاره القانونية التي تترتب على الحكم الصحيح .

---

(١) عمر ، أصول المرافعات المدنية والتجارية ،ص٩٦٣.
(٢) الشواربي ، الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية . ص٥٠٩.
(٣) المصدر نفسه ،ص١٨٧٢.
(٤) المصدر نفسه ،ص١٨٧٣.
(٥) الشواربي ، الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية . ص١٨٧٢.
(٦) عمر ، أصول المرافعات المدنية والتجارية ،ص٩٦٥.
(٧) والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ،ص٧.

ويلاحـــظ من التعريفات في الاتجاه الثاني أنها تحمل فكرة الجزاء إذا وجد الوصف ، ولكن يبقى الانتقاد القائم هل العقوبة أو الجزاء يصلح أن يوجه إلى التصرف أو العمل أو الحكم ؟

فــلا بــد في العقوبة من شخص طبيعي أو اعتباري ، وقد يجاب عن هذا الاعتراض بأن عـــدم إنتاج العمل أو الحكم أو التصرف لأثاره، هي عقوبة في حرمان مباشر المخالفة أو العيب الــذي أدى إلـــى بطـــلان التصـــرف بعدم حصوله على الآثار التي كان ينتظرها من العمل ،أو التصـــرف أو الحكم الذي أصبح عديم الأثر والفائدة ، وليست عقوبة على ذات التصرف ، ولكلٍ وجهته في المسألة .

فالظاهـــر أن أصـــحاب الاتجاه الأول لا يقصدون المسؤولية الجنائية التي تحتاج إلى شخص طبيعـــي أو اعتـــباري لـــتقع عليه، وإنما أرادوا بها استحقاق الإبطال والنقض ،فعرفوا البطلان بأثـــره،والاتجاه الثانـــي عرف البطلان بحقيقته ،فالقانون المدني لا يعرف الجزاء والعقاب الذي يحتاج إلى شخص طبيعي أو اعتباري ،وإنما أراد الأثر وهو إبطال العمل أو التصرف .

-واختلف علماء القانون في حجم الخلل أوالخطأ الذي يستوجب البطلان إلى مذاهب مختلفة:

- **المذهب الأول :** أن البطلان بكل عيب أو خلل حتى لو كان العيب في التافه من الأمر.
- **المذهـــب الثاني :** أن البطلان مجرد وسيلة تهديدية الهدف منها احترام الإجراءات وأصول التقاضـــي،فإذا وقـــع فيها عيب فلا تكون باطلة، ويترك الأمر للمحكمة لتقدير الأمر، بحسب الظروف وحجم المخالفة، وأثرها في سير القضية هل تستوجب الحكم بالبطلان أم لا ؟.
- **المذهـــب الثالـــث :** أن الـــبطلان جزاء لكل مخالفة في القانون مهما كانت تافهة ولا يترك للمحكمـــة تقديـــر ذلك،وإنما يجعل للمشرع وحده تحديد حالات وأسباب البطلان ، وكأن هذا المذهـــب يقـــول :" لا بطلان بغير نص "، ويؤخذ عليه أن المشرع قد يذكر حالات تستحق الـــبطلان، ولكـــنه لا يستقصيها ويحصرها بالإضافة إلى أنه قد يأتي سبب يستوجب البطلان يفوق ما ذكره المشرع.
- **المذهـــب الـــرابع :** أن الحكـــم بالـــبطلان مـــتعلق بحصـــول الضـــرر فـــلا بطلان بغير ضرر(١) .

ولـــم يـــرَ المشـــرع في القانون المصري الجديد استقصاء كل الحالات التي تستوجب الـــبطلان وحصـــرها لصـــعوبة ذلك ، ويتضح من المادة الخامسة والعشرين أن البطلان يكون واجباً في حالتين :

---

(١)أبو الوفا ،أحمد كامل ،محمد نصر الدين ، يوسف ، محمد عبد العزيز ، (١٩٥٥). مدونة الفقه والقضاء في المرافعات ، الإسكندرية: دار المعارف ،ج٢،ص٢٩٤.

- **الحالة الأولى :** إذا نص القانون عليه ، يتعين على القاضي أن يحكم به وينص القانون على البطلان صراحة ،أو دلالة بعبارة ناهية أو نافية .

- **الحالـــة الثانـــية :** إذا لم ينص القانون،وكان هناك عيبٌ جوهريٌّ،وثبت حصول الضرر به للمتمسك بالبطلان،فاشترط لوقوع البطلان عند عدم النص توافر شرطين :

-الأول : أن يكون هناك عيب جوهري .

- الثاني: أن يترتب عليه ضرر يصيب المتمسك بالبطلان . (١)

ويستثنى من اشتراط الضرر حالتان :

- الحالـــة الأولى : إذا كان البطلان متعلقاً بالنظام العام ، فتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها دون الحاجة لتمسك الخصم به .

-الحالة الثانية : إذا كان البطلان متعلقاً بحكم من الأحكام ،فالأحكام لها قواعد خاصة وهي طرق الطعن . (٢)

ويلاحـــظ أن الـــبطلان كلـــي من حيث الأثر، فالإجراء الباطل لا ينتج أي أثر، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، وهو جزئي من حيث اقتصاره على الأجزاء التي أصابها البطلان وما بني عليها من إجراءات ، ولا يتعداها إلى أجزاء الإجراء جميعها (٣) .

والـــذي أراه أن الـــبطلان وصف يلحق العمل القضائي فيه معنى الجزاء ، وهذا لا يتنافى مع ما تقدم في البطلان في الاصطلاح الشرعي فكلاهما اعتبره وصفاً يلحق بالتصرف أو العمل؛ لوجود عيب أو خلل يؤدي إلى عدم ترتب آثاره المقصودة منه عليه .

فـــي الاصطلاح الشرعي للبطلان أيضاً ، اعتبر وجود هذا الوصف في الحكم يؤدي إلـــى اســـتحقاق النقض ، وهذا يُلحق بالحرمان من نتيجة العمل وأثره للشخص الذي كان يسعى للحـــصول على الحكم لعدم التزامه بالطريق المشروعة في الحصول على هذا الحكم ، أو لوجود خلل في مقوماته أو شروطه الواجب توافرها فيه.

---

(١) أبو الوفا ، مدونة الفقه والقضاء في المرافعات ،ج٢،ص٣٠٦.
(٢) المصدر نفسه ،ج٢،ص٣٠٨ .
(٣)أبو الوفا ، مدونة الفقه والقضاء في المرافعات ،ج٢،ص٣١١ .

- المبحث الثاني : الألفاظ ذات الصلة والألفاظ المستخدمة للدلالة على البطلان :

ممـــا يزيد في تحديد معنى البطلان وتوضيحه معرفة الألفاظ ذات الصلة به ، والألفاظ المستخدمة في الدلالة عليه ، فقد يكون اللفظ من الألفاظ التي تشتبه بالبطلان، ولكنها في ماهيتها وحقيقــتها مغايرة له ، وقد يكون اللفظ من الألفاظ التي تطلق على البطلان ، ولا فرق بينهما في الماهــية،وإنما فرق باللفظ فقط ويعتبر من الترادف اللفظي ، وبعضها موضع خلاف في أنها من الألفــاظ التــي لهــا صــلة والماهية مختلفة، أم أنها لفظ يطلق على البطلان ،كما هو الحال في البطلان والفساد ، وقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين :

الأول: الألفــاظ ذات الــصلة والألفــاظ المستخدمة في الدلالة على البطلان في الفقه الإسلامي

والثاني : في الألفاظ ذات الصلة والألفاظ المستخدمة في الدلالة على البطلان في القانون .

- المطلب الأول: الألفاظ ذات الصلة والألفاظ المستخدمة للدلالة على البطلان في الفقه الإسلامي :

أولاً:الفساد : إن أكثر الألفاظ التصاقا بالبطلان في الفقه الإسلامي الفساد ،**والفساد في اللغة** هو نقيض الصلاح،وفَسَدَ فساداً وفُسوداً فهو فاسد ، وتفاسد القوم تدابروا وقطعوا أرحامهم ، والمفسدة خلاف المصلحة (١) ، وفسُدَ اللحم أو اللبن أنتن وعطب ، وفسد العقد بطل ، وفسد الرجل جاوز الصواب والحكمة ، وفسدت الأمور اضطربت وأدركها الخلل ، والفساد التلف والعطب والاضطراب والخلل (٢).

ويلاحظ من التعريف اللغوي للفساد أنه يطلق على البطلان،فكما تقدم فسد العقد أي بطل ، كما أن الفساد يطلق على الخلل والاضطراب ، وهي من معاني البطلان وتقدم في تعريف البطلان لغة ، بأنه بطل أي فسد وسقط حكمه .

أما الفساد اصطلاحاً : فعند الجمهور الفساد والبطلان لفظان لمعنى واحد ، وخالف الحنفية وقالوا: بأن الفساد قسيم ثالث للصحة والبطلان ، فالعمل إما أن يوصف بالصحة أو الفساد أو البطلان .

---

(١) ابن منظور، لسان العرب ،ج٣، ٣٣٥.

(٢) إبراهيم أنيس وآخرون ، المعجم الوسيط ، ج٢، ص ٦٨٨.

والصحة والفساد والبطلان ، أوصاف يضيفها المشرع على المشروعات من العبادات والمعاملات ، أحكاماً دنيوية وقضائية تبعاً لكونها تحققت حقائقها الشرعية من أركان وشروط ، فيحكم عليها بالصحة،وعند تخلف شيء من أركانها وشروطها،فيحكم عليها بالبطلان أو الفساد على خلاف بين الفقهاء في ذلك .(١)

ومن نصوص الجمهور في اعتبار البطلان والفساد بمعنى واحد :

- " ومعلوم أن الفساد هو البطلان "(٢).
- " الباطل هو الذي لا يثمر ؛ لأن السبب مطلوب لثمرته ، والصحيح هو الذي أثمر ، والفاسد مرادف للباطل في اصطلاح أصحاب الشافعي رضي الله عنه ، فالعقد إما صحيح وإما باطل ، وكل باطل فاسد " (٣) .
- " وأما الفساد فمرادف للباطل عندنا "(٤).
- " الباطل هو الذي لم يثمر والصحيح هو الذي أثمر، والفاسد مرادف للباطل فهما اسمان لمسمى واحد "(٥) .
- " وبطلان وفساد مترادفان ، يقابلان الشرعية – الصحة– سواء كان ذلك في العبادات أو في المعاملات " (٦).

والنصوص السابقة جميعها واضحة الدلالة على أن البطلان والفساد شيء واحد عند الجمهور ، و أنهما مسميان لمسمى واحد ، ولفظان لمعنى واحد فهما سواء .

---

(١) الدريني ، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله ، ج١، ص٢٦٦.
(٢) الدسوقي، محمد عرفه .حاشية الدسوقي ،(تحقيق محمد عليش) ،٤م ،دار الفكر، بيروت،ج٣، ص ٣٤٠.
(٣) الغزالي ، المستصفى من علم الأصول ،ج١،ص٩٥.
(٤) الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، ج١، ص١٢٢.
(٥) المقدسي ، روضة الناظر وجنة المناظر ، ج١، ص١٦٧.
(٦) الفتوحي ، محمد بن شهاب الدين. شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير في أصول الحنابلة ، (تحقيق محمد حامد الفقي) ،مكتبة السنة المحمدية ،مصر ،١٩٥٣م، ص١٤٨.

ومن نصوص الحنفية في تعريف الفساد والبطلان والتفريق بينهما :

- " الفاسد هو الصحيح بأصله لا بوصفه " (١) .
- " الفاسد ما كان مشروعاً في نفسه فاسد المعنى من وجه؛ لملازمته ما ليس بمشروع، مع تصور الانفصال في الجملة ،كالبيع عند أذان الجمعة " (٢).
- " الفساد زوال الصورة عن المادة، بعد أن كانت حاصلة ،والفساد عند الفقهاء ما كان مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه ، وهو مرادف للبطلان عند الشافعي ، وقسم ثالث مباين للصحة والبطلان عندنا " (٣).
- " الفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه ، ومرادهم من مشروعية أصله كونه مالا متقوما، لا جوازه ولا صحته ؛ لأن فساده يمنع صحته ، أو أطلقوا المشروعية عليه نظراً إلى أنه لو خلا عن الوصف لكان مشروعاً...... والباطل : هو ما لا يكون مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه".(٤)
- " التصرفات الفاسدة أي التي تفسد، إذا فقد منها شرط من شروط الصحة"(٥).

ويتبين مما سبق من نصوص الحنفية، أن الفاسد عندهم ما كان صحيحاً ومشروعاً بأصله،وحصل خلل في وصفه أو في شرط من شروطه ، والانفصال بين ما حصل فيه الخلل وأصل العمل متصور ، فإذا أمكن تصحيح هذا الوصف أو الشرط ،عاد الفاسد صحيحاً ، بخلاف الباطل الذي وصفه الجرجاني في تعريفه، بأنه لا يفيد شيئاً ولا يعتد به وهو غير صحيح بأصله فلا يقبل التصحيح (٦) .

---

(١) الجرجاني ، كتاب التعريفات ، ص١٦٤.
(٢) المصدر نفسه ، ص١٦٤.
(٣) المصدر نفسه ، ص١٦٦.
(٤) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج٥،ص٤٩.
(٥) الجرجاني ، التعريفات ، ص١٦٤.
(٦) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج٣،ص١٣٥.

وقد وافق بعض الحنابلة وبعض الشافعية الحنفية في التفريق بين الفاسد والباطل في كثير من المسائل ، والمسائل التي حكموا فيها بالفساد ، المسائل المختلف فيها بين العلماء،والتي حكموا فيها بالبطلان المجمع على بطلانها،أو الخلاف فيها شاذ لا اعتبار له ، قال في شرح الكوكب المنير :" وفرق أصحابنا وأصحاب الشافعي بين الباطل والفاسد في الفقه في مسائل كثيرة ، قال في شرح التحرير (١) ، قلت غالب المسائل التي حكموا عليها بالفساد إذا كان مختلفاً فيها بين العلماء ، والتي حكموا عليها بالبطلان إذا كان مجمعاً عليها أو الخلاف فيها شاذ" (٢).

والأساس الذي اعتمد عليه الجمهور في اعتبار الباطل والفاسد بمعنى واحد،هو أن كل ممنوع بوصفه فهو ممنوع بأصله،ولا يتصور الانفصال بين الوصف والأصل ، فقالوا :" كل ممنوع بوصفه فهو ممنوع بأصله "(٣) .

واعتمد الحنفية على أن الباطل غير مشروع أصلاً فيختلف عن الفاسد المشروع بأصله ، كما أن حكمهما يختلف فالفاسد يفيد الملك بالقبض،والباطل لا يفيد شيئاً أصلاً ، واختلاف حكمهما دليل على اختلافهما، وفي ذلك يقول ابن عابدين في حاشيته:

" الفاسد مباين للباطل ؛ لأن ما كان مشروعاً بأصله فقط يباين ما ليس بمشروع أصلاً، وأيضاً حكم الفاسد أنه يفيد الملك بالقبض ،والباطل لا يفيده أصلاً، وتباين الحكمين دليل تباينهما " (٤).

بالإضافة إلى تصور الانفصال بين الأصل والوصف، فالفاسد مشروع في أصله ودخل عليه الفساد من ملازمته لغير مشروع ، كالبيع عند أذان الجمعة ، فالبيع مشروع في أصله ، والذي أدخل عليه الفساد النهي عن البيع عند أذان الجمعة ، فالأصل والوصف منفصلان،ولا يتحقق الفساد إلا بالتلازم بينهما ، فإذا انفكا عاد العمل إلى مشروعيته،

(١) شرح الكوكب المنير هو مختصر للتحرير في أصول الحنابلة ، لمحمد بن شهاب الدين،الفتوحي الحنبلي .
(٢) الفتوحي ، شرح الكوكب المنير ، ص١٤٨.
(٣) – ابن قدامة ، روضة الناظر وجنة المناظر ، ج١، ص١٦٦.
– الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، ج١، ص١٢٢.
– الغزالي ، المستصفى من علم الأصول ،ج١،ص٩٥ .
(٤)ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج٥،ص٤٩.

" الفاسد ما كان مشروعاً في نفسه فاسد المعنى من وجه لملازمة ما ليس بمشروع إياه بحكم الحال ، مع تصور الانفصال ، في الجملة كالبيع عند أذان الجمعة "(١)

والفرق بين البطلان والفساد في اجتهاد الحنفية من جوانب متعددة منها:

- **من حيث المنشأ** فالبطلان خلل جوهري في أصل التصرف وفي أركانه ، وما يتعلق بها من شروط، ومنشأ الفساد خلل في الوصف وهو أمرٌ خارجٌ عن التصرف ذاته ولكنه متصل به .
- **ومن حيث المفهوم فالبطلان** انعدام معنى التصرف لخلل جوهري في أركانه، فتنعدم بذلك المشروعية أصلاً ، فيخرج عن اعتبار الشارع ، فلا يكون مشروعاً لا أصلاً ولا وصفاً ، ولا يترتب عليه أي أثر من الآثار المطلوبة منه .

وأما الفساد فهو عدم مشروعية الوصف دون الأصل ، لتعلق النهي بالوصف مع بقاء الأصل لخلوه عن المفسدة، لكن مشروعيته ناقصة .

- **وأما من حيث الحكم** فالبطلان لا يترتب عليه أي أثر من آثار التصرف المطلوبة منه فيما لو كان صحيحاً ، والفساد يفيد الملك بالقبض ولا يترتب عليه أثر قبل القبض .(٢)

وتفريق الحنفية بين الفاسد والباطل لا يشمل عقد النكاح ،فالباطل والفاسد فيه سواء ، لخطورة عقد النكاح خلافاً لما يعتقد البعض، من أن الحنفية يعممون قاعدتهم في التفرقة بين الباطل والفاسد ،حتى في عقود النكاح(٣) .

وقد بين الدكتور محمد فتحي الدريني أن عدم التفريق بين الباطل والفاسد، كان عند المتقدمين من مجتهدي الحنفية، فسواء أكان العقد مختلاً في أركانه أم في أوصافه وشروطه فهو باطل ويطلق عليه أحياناً فاسد ولا فرق بينهما ، أما المتأخرون منهم فقد فرقوا بين باطل النكاح وفاسده ، فالنكاح المتفق على بطلانه الذي فقد ركناً من أركانه كنكاح المحارم أو زوجة الغير، فهذا نكاح باطل لا يترتب عليه أثر من آثار النكاح الصحيح البتة، ولم يقل أحد بجوازه فلا ينعقد أصلاً ، أما النكاح المختلف فيه كالنكاح بلا شهود ،فهذا فقد شرطاً من شروط الصحة، وتترتب عليه بعض آثار النكاح الصحيح .(٤)

---

(١) الجرجاني ، كتاب التعريفات ، ص١٦٤.
(٢) الدريني ، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله ، ج١، ص٢٨٥.
(٣)الأشقر ، عمر سليمان ،(٢٠٠١). الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ،(ط٢). عمان : دار النفائس، ص١٥٧.
(٤) الدريني ، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله ، ج١، ص٣٢٦-٣٣٨.

وبتحقـيق المسألة ذكر ابن عابدين وهو يُعدّ من المتأخرين أن هناك فرقاً، فقال: "لا عـدة في نكاح باطل ، وكل نكاح اختلف العلماء في جوازه كالنكاح بلا شهود ، فالدخول فـيه موجب للعدة ، أما نكاح منكوحة الغير ومعتدته ، فالدخول فيها لا يوجب العدة إن علم أنها للغير ؛ لأنه لم يقل أحد بجوازه فلم ينعقد أصلاً ، قال: فعلى هذا يفرق بين فاسده وباطله في العدة ". (١)

ومعلـوم أن العـدة من آثار عقد النكاح ، وقد أوجبها في حال العقد الفاسد، كالنكاح بلا شهود ولم يوجبها في النكاح الباطل كنكاح زوجة الغير .

وهذا ما أخذت به قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية .(٢)

واخـتلاف الآثار المترتبة يدل على ضرورة التفريق بين الفاسد والباطل حتى في عقد الـنكاح رغـم خطورته ،وفي موضوعنا بطلان الحكم القضائي تظهر ثمرة التفريق ، من حيث قـبول الحكم المختل الوصف والشرط للتصحيح ،وعدم قبول الحكم المختل في مقوماته وأركانه للتصـحيح ، ولـم يـتعرض أحد من الفقهاء إلى تقسيم الحكم القضائي إلى باطل وفاسد كما في العقود ،ولم يرد هذا في القانون ،وإنما الحكم إذا أصابه خلل في أركانه أو في إجراءات الوصول إلـيه يعتـبر حكماً باطلاً ،ولم يأخذ الفقه الإسلامي والقانون بالتفريق بين الفاسد والباطل إلا في العقود .

ويستنتج من تطبيقات أهل القانون للبطلان في إجراءات التقاضي أن الإجراء إذا كان باطلاً لخلل يمكن تكملته ،وبهذه التكملة يصبح عملاً صحيحاً ،فهذا من قبيل الفاسد الذي يمكن إصلاحه، ولـيس قبيل الباطل الذي لا يقبل التصحيح،والعمل الإجرائي يكون باطلاً إذا نقصه أحد الشروط التـي يتطلبها القانون لصحته. أو إذا جاء أحد هذه الشروط على غير الوجه الذي يريده القانون، فإذا أمكن تكملة العمل بحيث توافرت فيه جميع الشروط ،فإنه يعتبر عملاً صحيحاً (٣).

وقـد خالف هذه النظرة بعض أهل القانون ومنعوا هذا التصحيح ،فالبطلان جزاء فإذا وجدت المخالفة يجب إيقاعه،والتصحيح حرمان لصاحب الحق في التمسك بهذا البطلان من حقه.(٤)

وهذه التكملة تؤدي إلى اعتبار العمل صحيحاً لا يحق لأحد أن يتمسك ببطلانه.

(١) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج٣،ص١٣٢.
(٢) فقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦ والمعمول به بالوقت الحاضر،قد قسم الزواج إلى ثلاثة أنواع صحيح وفاسد وباطل،كما جاء في المواد (٣٢)،(٣٣)،(٣٤)،(٤١) ،(٤٢)،(٤٣) .
(٣)والي،فتحي،(١٩٥٩) .نظرية البطلان في قانون المرافعات،(ط١). ص٥٢٧.
(٤)المصدر نفسه ،ص٥٢٨.

ثانياً : النقض :

والنقض لغة من نَقَضَ والنقض إفساد ما أبرم من عقد أو بناء ،فهو ضد الإبرام ، والــنقض اســم البــناء المنقوض إذا هدم ، فنقض البناء هدمه ،(١) ونقض الحبل أو الغزل حل طاقــته، وفي التنزيل :" **ولا تكونوا كالتي نقضت غزلها من بعد قوة أنكاثا** "(٢)،ونقض العهد أو اليمــين نكــثه ، قال تعالى :"**الذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه** "(٣) ، ونقض ما أبرمه أي أبطلــه ، وانتقض الشيء أي فسد بعد إحكامه ، والتناقض في الكلام أي بعضه يقتضي إبطال بعــض ، ونقــض الحكــم إبطالــه إذا كــان قــد صــدر مبنياً على خطأ في تطبيق القانون أو تأويلــه أو مــشوباً بخطأ جوهري في إجراءات الفصل أو ببطلان في الحكم ، ومحكمة النقض هــي المحكمــة العلــيا فــي الــبلاد ، وتعــد المــبادئ المــستمدة من أحكامها ملزمة للمحاكم الأخرى (٤).

والنقض هو اللفظ المستخدم للتعبير عن إبطال الحكم ،ومن النصوص التي تؤكد ذلك: "إذا كــان نفس القضاء مختلفاً فيه ورفع إلى قاضٍ آخر لا يراه له إبطاله ، وإذا رفع إلى من يراه ونفذه ثم رفع إلى ثالث لا يرى ذلك ليس له إبطاله "(٥).

فهــناك فرق دقيق بين الاثنين ،وهو أن البطلان هو كون التصرف معدوماً شرعاً ،لا تترتب عليه آثاره في الدنيا ولا في الآخرة .

والإبطال : هو إظهار القاضي لبطلان الحكم ومنع ترتب آثاره عليه في الدنيا أو إعادة الأمر إلى ما كان عليه قبل الحكم .

ويظهر الفرق أن الحكم القضائي الباطل على فرض تنفيذه وعدم إبطاله من القاضي ،فإنه يكــون معدوم الأثر من الناحية الدينية، ولا يحل للمحكوم له أن يستحل المحكوم به،ويكون آثماً إذا فعل ،فالحكم القضائي لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً .(٦)

---

(١)ابن منظور ، لسان العرب ،ج٧،ص٢٤٢.
(٢)سورة النحل ،أية ٩٢.
(٣) سورة البقرة ،أية ٢٧.
(٤) إبراهيم أنيس وآخرون ، المعجم الوسيط ، ج٢، ص٩٤٧.
(٥) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج٥،ص٤٠٢.
(٦)ستأتي المسألة والخلاف فيها بين أبي حنيفة والجمهور في الفصل الأخير في عدم استحقاق الحكم للتنفيذ.

"بيان ما ينقض به قضاء القاضي: نص العلماء على أن حكم الحاكم لا يستقر في أربع مواضع وينقض؛ وذلك إذا وقع على خلاف الإجماع أو القواعد أو النص الجلي أو القياس"(١).

"وله نقض الحكم إذا ظهر ما ينقضه"(٢)،أي وله إبطال الحكم إذا كان فيه ما يستوجب البطلان.

" وإذا حكم باجتهاد ثم تبين بأنه خلاف نص الكتاب أو السنة أو الإجماع أو قياس جلي نقضه هو وغيره ". قال صاحب التحفة ابن حجر الهيثمي:" نقضه ،أي أظهر بطلانه " (٣) .

وهذا كلام دقيق يؤكد أن النقض هو الإبطال،فالإبطال هو إظهار القاضي لبطلان الحكم القضائي الواقع قبل الإبطال.

" وإذا خالف ما لا يسوغ فيه الاجتهاد وهو أن يخالف نصاً من كتاب أو سنة أو إجماع أو خالف قياساً ..... نقض به حكمه وحكم غيره "(٤).

" لو حكم بجهل نقض حكمه لعدم شرطه وهو الاجتهاد ، وأن كان القاضي ممن لا يصلح للقضاء لفسق أو غيره تنقض أحكامه كلها ولو وافقت الصواب "(٥) .

" ولا يحل الحكم إلا بما أنزل الله تعالى على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم وهو الحق وكل ما عدا ذلك فهو جور وظلم، لا يحل الحكم به ويفسخ أبداً إذا حكم به حاكم "(٦) .وهذا سماه فسخاً يعني إبطالاً ، فترى أن الإبطال هو تصرف قضائي بإظهار بطلان حكم سابق ومنع ترتب آثاره عليه بعد أن حكم بمنعها الشارع الحكيم.

ويتضح من النصوص السابقة أن المراد بالنقض الإبطال وليس البطلان ، فنص حاشية ابن عابدين ذكر سبباً من أسباب البطلان ،ثم قال للقاضي إبطاله ، وفي التبصرة وضع عنواناً في بيان الأسباب التي تستوجب نقض قضاء القاضي ، وفي مواهب الجليل له نقض الحكم إذا ظهر ما يستوجب نقضه أي له إبطال الحكم إذا كان هناك ما يستوجب بطلانه، وابن حجر في تحفة المحتاج فسر النقض بإظهار البطلان بقوله المتقدم: " نقضه أي أظهر بطلانه " ، وكذلك ذكر الماوردي بعض أسباب البطلان وأوجب نقض الحكم بها ، والبهوتي ذكر سبباً من أسباب البطلان وعبر بالنقض .

---

(١) ابن فرحون تبصرة الحكام ،ج١،ص٥٦.
(٢) الحطاب ، مواهب الجليل ،ج٦،ص١٣٢.
(٣) ابن حجر، شهاب الدين أبي العباس أحمد بي علي ،(ت٩٧٤هـ).تحفة المحتاج بشرح المنهاج ،(تحقيق عبد الله محمود محمد عمر) ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،سنة ٢٠٠١م ،ج٣،ص٣٦٥.
(٤) الماوردي ،علي بن محمد بن حبيب ،(ت٤٥٠)، أدب القاضي ،(تحقيق يحيى هلال السرحان) ، بغداد مطبعة الإرشاد ،١٩٧١م،ص٦٨٥.
(٥) البهوتي، كشاف القناع ،ج٦،ص٣٢٧.
(٦) ابن حزم ، أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد،(ت٤٥٦هـ).المحلى،(تحقيق أحمد محمد شاكر) ،دار الفكر،بيروت، ص ٤٢٩ .

فالتعبير المستخدم للإبطال في كتب الفقهاء هو النقض ، وحتى عند أهل القانون فإن المحكمة التي تعيد النظر في الأحكام تسمى في أكثر الدول العربية بمحكمة النقض ، وقراراتها لها قوة القانون ويحتج بها بقولهم كما جاء في قرار محكمة النقض رقم كذا جلسة كذا ، ويعبر عنها في بعض البلاد العربية بالقرارات الاستئنافية الصادرة عن محكمة الاستئناف ،كما في القضاء الشرعي في الأردن، فعندنا محاكم بداية ومحاكم استئناف، وقرارات محكمة الاستئناف التي لها الرقابة على الأحكام القضائية الصادرة من محاكم البداية لها قوة القانون، كما لها الحق في بعض الحالات نظر بعض القضايا مرافعة ، وقد نص الفقهاء على أن على الإمام وضع الرقابة على الأحكام القضائية، فقال ابن فرحون " ينبغي للإمام أن يتفقد أحوال القضاة فإنهم قوام أمره ، ورأس سلطانه ، وكذلك قاضي الجماعة -كبير القضاة -ينبغي له أن يتفقد قضاته ونوابه فيتصفح أقضيتهم ويراعي أمورهم وسيرتهم في الناس..... ونظر في أقضيته فما وافق الحق أمضاه وما خالفه فسخه "(١) .

وتبين من تعريف النقض لغة أنه إفساد ما أبرم وإبطاله ، وهذا يكون بعد ثبوت أن هناك سبباً من الأسباب التي تستوجب النقض والإبطال ، فالنقض يكون بعد توفر سببه .

وقد وضعت الإجراءات التي يسير بها من كان يريد نقض الحكم وإبطاله لمصلحته ، وتعرف في الوقت الحاضر بطرق الطعن، وتقسم إلى طرق طعن عادية وطرق طعن غير عادية،وقد وضع فيها مصنفات مستقلة ، وموضوع دراستنا بطلان الحكم في ذاته إما لخلل في مقوماته أو لخلل في إجراءات الوصول إليه ، أما طريقة الطعن وإبطال الحكم فهو أثر من آثار البطلان وليس البطلان ، فإذا وجد سبب البطلان قام من كان بطلان الحكم لمصلحته بالسير في الإجراءات المتبعة قانوناً لإبطاله .

وقد عرف النقض بأنه " إبطال الحكم وعدم نفاذه إذا لم ينفذ "(٢).

فالنقض هو إبطال الحكم الموصوف بالبطلان وأثر له ،فالبطلان وصف ،والإبطال تصرف.

---

(١) ابن فرحون تبصرة الحكام ،ج١،ص٥٦.
(٢) الفضيلات ،جبر محمود ،(١٩٩١). القضاء في الإسلام وآداب القاضي، عمان :دار عمار ،ص١٧٧.

- **ثالثا :الفسخ :**

والفسخ لغة :من فسخ الشيء يفسخه فسخاً،نقضه فانتقض وتفاسخت الأقاويل تناقضت ، والفسخ زوال المفصل عن موضعه ، وفسخه فسخاً أفسده ، ويقال : فسخت البيع بين البيعين فانفسخ وفسخت النكاح فانفسخ أي نقضته ، فسخت عني ثوبي إذا طرحته .(١)

والفسخ النقض ، وفسخ البيع فانفسخ أي نقضه فانتقض .(٢)

وانفسخ الشيء انتقض وبطل وزال ، فاسخه البيع طالبه بفسخه أو وافقه على فسخه(٣).

والفسخ من الألفاظ المستخدمة في الدلالة على الإبطال والنقض عند الفقهاء ،ويلاحظ من تعريف الفسخ لغة أنه يعرف بالنقض ، فلا فرق بينهما ، وكما تقدم في التعريف اللغوي انفسخ الشيء انتقض وبطل وزال ، ونصوص الفقهاء في استخدام كلمة فسخ تدل على التفريق بينها، وبين البطلان ،وأن مرادهم بالفسخ الإبطال، ومن هذه النصوص :

" وما كان مخالفا لما عليه أهل بلده،إلا أنه وافق قول قائل من أهل العلم ، وأن كان ذلك القول لا يعمل به فإنه ينفذ حكمه بذلك،ولا يفسخ ويفسخ ما كان خطأ بيناً "(٤).

" ولا يشترط في فسخ حكم نفسه،أن يبين موجب الفسخ لضعف التهمة؛ لأن النفوس مجبولة على نفي النقض "(٥) .

" وإذا حكم بالاجتهاد ثم تبين بأنه خلاف نص الكتاب أو السنة أو الإجماع أو قياس جلي نقضه هو وغيره" ،قال ابن حجر :" نقضه أي أظهر بطلانه هو وغيره بنحو نقضته أو أبطلته أو فسخته "(٦) .

" وإذا رجع الشاهد عن شهادته بعد أن حكم بها أو قبل أن يحكم فسخ الحكم "(٧).

" ولا يحل الحكم إلا بما أنزل الله تعالى على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم وهو الحق وكل ما عدا ذلك فهو جور وظلم لا يحل الحكم به ويفسخ أبداً ، إذا حكم به حاكم"(٨).

و يتضح من هذه النصوص أن الفسخ من الألفاظ المستخدمة في الدلالة على الإبطال في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء .

---

(١) ابن منظور لسان العرب ، ج٣،ص٤٤.
(٢) الرازي،محمد بن أبي بكر،(ت٦٦٦هـ).مختار الصحاح (تحقيق محمود خاطر) ،مكتبة لبنان ،بيروت،١٩٩٥م ص٥٠٣.
(٣) إبراهيم أنيس وآخرون ، المعجم الوسيط ، ج٢،ص٦٨٨.
(٤)ابن فرحون تبصرة الحكام ،ج١،ص٥٨.
(٥) المصدر السابق ،ج١،ص٥٨.
(٦) الهيثمي ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ،ج٤،ص٣٤٢.
(٧) ابن حزم ، المحلى ، ج٩،ص٤٢٩.
(٨) المصدر السابق ،ج٩، ص٣٦٢.

وفـــي العقــود الفسخ يلحق الفساد، وأنه يترتب عليه بعض الآثار ، بخلاف البطلان فهو بحكم المعدوم ، فالبطلان انعدام معنى التصرف ، أما الفساد فإذا كان قبل القبض،فهو كالباطل لا يترتب عليه أي أثر،أما الفاسد بعد القبض فتترتب عليه بعض آثاره ومنها الملك الحرام (١) .

وعلــيه فــالحكم القضـــائي بفساد عقد النكاح الذي يترتب عليه بعض الآثار كالمهر والعدة والنســب وحرمة المصاهرة يلحقه الفسخ ، وأما الحكم القضائي ببطلان عقد النكاح فلا يثبت به مهر ولا نفقة ولا عدة ولا نسب ولا حرمة المصاهرة، فلا يثبت به أثر فهذا يلحقه الإبطال ، أما فـــي الحكــم القضائي فالبطلان يقتضي النقض أو الفسخ أو الإبطال ،فلا فرق حيث أن المطلوب بعد ثبوت البطلان في الحكم إزالة الآثار التي تترتب على الحكم الصحيح.

(١) الدريني ، محمد فتحي ، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله ،ج١، ص٢٨٦.

- **المطلـــب الثاني : الألفاظ ذات الصلة والألفاظ المستخدمة للدلالة على البطلان في القانون :**

- **الانعـــدام :** يعتبر الانعدام من الألفاظ ذات الصلة بالبطلان ، وأساس هذا اللفظ وفكرته أن العمل القانوني لكي يتصف بالصحة أو البطلان لا بد من وجوده أولاً ، فإذا لم يوجد لا يمكن وصـــفه بصـــحة أو بطلان فالعمل القانوني كالكائن الحي لا نصفه بصحة أو مرض، إلا إذا كـــان حـــيا، فـــالوجود ضـــروري لوصف الصحة أو البطلان، ومن هنا جاءت فكرة العمل المـــنعدم، وقـــد اخـــتلف أهل القانون في تعريفه، فذهب فريق إلى أن العمل القضائي يكون مـــنعدماً إذا كـــان لا يحتوي على الحد الأدنى من العناصر اللازمة لتحقيق مقصوده، وفريق آخـــر بأنـــه العمل الذي خالف قاعدة من القواعد المتعلقة بالنظام العام، وذهب فريق إلى أنه العمـــل الـــذي لا ينـــتج أي أثر قانوني أو الذي تنقصه أحد العناصر اللازمة ليكون صالحاً لترتب الآثار القانونية الخاصة به . (١)

وقد انقسم أهل القانون في اعتبار الانعدام إلى اتجاهين :

-**الاتجاه الأول :** أن الانعدام فكرة ليس لها أي سند تشريعي،واستعمال لفظ الانعدام إنما هو عدم دقـــة فـــي اســـتعمال الاصـــطلاحات القانونـــية،فالأثر الذي يرتبه الانعدام يمكن أن يكون أثراً للبطلان .(٢)

-**الاتجـــاه الثاني:**أن الانعدام فكرة مختلفة عن البطلان،والتفرقة بينهما ليست من هنات الأمور، بـــل مـــن دقائقهـــا في كثير من الأحيان(٣)،ووضعوا فروقاً بين الانعدام و البطلان نلخصها بما يلي:

-أولاً : أن الـــبطلان لا يجـــوز رفعـــه بدعوى مبتدئة أصلية ويكفي مجرد الدفع بالإنكار وعدم الوجود ، أما الانعدام فيجوز رفع دعوى أصيلة به .(٤)

-**ثانـــياً** :أن البطلان عيب يعتري الحكم أو العمل القضائي ولا يفقده طبيعته كحكم ، أما الانعدام فشيء أعنف من ذلك، وأبلغ في الخروج عن القانون ، فالانعدام لا يقتصر على تعييب الحكم بل يفقده أحد أركانه فيجعله والعدم سواء (٥) .

-**ثالثاً** : الانعدام لا يحتاج إلى نص القانون عليه فلا ينطبق عليه مبدأ لا بطلان بغير نص.

---

(١) والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، ص٤٦١- ٤٦٤.
(٢) المصدر نفسه ، ص٤٧١.
(٣) أبو الوفا ، مدونة الفقه والقضاء في المرافعات ،ج٢،ص٣٤٥ .
(٤) المصدر نفسه ، ج٢، ص٣٤٤.
(٥) أبو الوفا ، مدونة الفقه والقضاء في المرافعات ،ج٢،ص٣٤٥ .

-**رابعــاً** : الانعــدام لا يحتاج إلى اعلان قضائي فالمنعدم لا يحتاج إلى من يعدمه، وإذا عرض الأمر على القاضي فإنه لا ينشئ الانعدام وإنما يقرر واقعاً .

-**خامساً** : يستطيع كل شخص له مصلحة أن يتمسك بالانعدام ، وعلى القاضي أن يقرر الانعدام مــن تلقاء نفسه إذا عرض عليه عمل منعدم ، أما البطلان فلا يتمسك به إلا من شرع لمصلحته، ولا يقرر القاضي بطلان الحكم من تلقاء نفسه، إلا إذا كان متعلقاً بالنظام العام .

-**سادساً**:أن الانعدام لا ينتج أي أثر قانوني،أو على الأقل ينتج آثاراً أقل من العمل الباطل.(١)

-**ســابعا** : أن الحكم المنعدم لا تلحقه أي حصانة أو حجية ،ولا يزول عنه عيب بفوات مواعيد الطعــن فيه،فــيمكن الطعن به ولو بعد فوات المواعيد المقررة في طرق الطعن ، بخلاف الحكم الباطل فلا يطعن به بعد فوات مواعيد الطعن . (٢)

-**ثامــناً** : الانعــدام لا يقبل التصحيح فهو كالموت، وتبدو أهمية هذا الأثر في الحكم المنعدم فلا يوصف بالصحة .(٣)

وقد اعتبر أن نظرية الانعدام لا بد من اعتمادها في القانون،وأنها من بديهيات الأمور ليست بحاجة إلى نص المشرع عليها،وأن روح القانون يتضمنها، فكيف للمحكمة أن تعتد وتأخذ بحكــم ، مــا دام هذا الحكم لم يصدر عن محكمة مشكلة تشكيلاً قانونياً صحيحاً، والقانون نص علــى تــشكيل المحاكم واستقلال القضاء،والنزاعات المعروضة على القضاء منها ما يتعلق عند الحكــم بهــا بالــبطلان بأنواعه،ومــنها مــا يــتعلق بالانعــدام ، والانعدام كالأم التي تلد طفلاً ميتاً،والبطلان كالتي تلده حياً لكنه مريض ، فالانعدام غير البطلان(٤) .

أما الفقهاء فلم يفرقوا بين البطلان والانعدام ،فالباطل عندهم هو الحكم الذي فقد أحد أركانه، وفيه خلل جوهري ،فهو والعدم سواء ،فالحكم الصادر من شخص غير أهل للقضاء ، أو من غير القاضي حكم باطل أي معدوم ؛لعدم توفر شرط القضاء فيمن أصدره.(٥)

"وأما من حيث المفهوم فالبطلان انعدام معنى التصرف لخلل جوهري في أركانه ،فتنعدم بذلك المشروعية أصلاً ،فيخرج عن اعتبار الشارع ،فلا يكون مشــروعاً لا أصلاً ولا وصــفاً ،ولا

---

(١)والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، ص٤٦٥.
(٢)الشواربي ، الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية ، ص ٥٢٠.
(٣)حدادين ، نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية ،ص٢٥١.
(٤)المصدر نفسه ،ص٢٥٤.
(٥) – الحــسام الــشهيد ، عمــر بــن عبد العزيز ،(ت٥١٠هـ). شرح أدب القاضي للخصاف،(تحقيق أبو الوفا الأفغاني ، وأبو بكر محمد الهاشمي) ، دار الكتب العلمية بيروت ،١٤١٤هـ-١٩٩٤م، ص٣١٥.
-ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١،ص١٨.
– ابن أبي الدم ، أدب القضاء ،ص٢٤.
– البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦،ص٢٩٧.
– البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٣،ص٤٩٣.

يترتب عليه أي أثر من الآثار المطلوبة منه "(١)فقد اعتبر البطلان انعداماً .

وقد عارض فكرة الانعدام بعض أهل القانون فقالوا بأن الباطل والمعدوم سواء،وهذا موافق لما ذكره الفقهاء ، وقالوا بأن فكرة الانعدام فكرة غير منطقية،فهي تؤدي إلى القول بأن صحيفة الدعــوى مــنعدمة أو عقد الإيجار منعدم أو ورقة التبليغ منعدمة،وهذا لا يقل به أحد،فالصحيفة موجــودة ولكــنها باطلــة، وعقد الإيجار موجود ولكنه باطل،وليس منعدماً من حيث الوجود،بل مــنعدم من حيث ما ينتج من آثار ، والتبليغ باطل ولكنه موجود في الواقع ومنعدم من حيث أثره ،فهي فكرة غير دقيقة وخاطئة.(٢)

-**الــسقوط:** الــسقوط من الألفاظ ذات الصلة بالبطلان،وهو الجزاء المحدد لعدم استعمال الحق والمطالــبة فيه بالزمن أو الترتيب الذي حدده القانون،والزمن والترتيب الذي حدده القانون يجب احتــرامه واســتعماله بشكل صحيح،والسقوط كالبطلان يسهم في احترام القواعد القانونية(٣)،وقد فرق أبو الوفا في كتابه نظرية الدفوع في قانون المرافعات بين البطلان والسقوط بما يلي :

-**أولاً**:يجوز تصحيح الإجراء الباطل،أما السقوط فلا يتصور تصحيحه لأنه متعلق بفوات وقته.

-**ثانياً** : التمسك بالبطلان يبدى قبل التكلم بالموضوع كقاعدة عامة ، أما السقوط فيحصل الدفع به بأي حالة تكون عليها الإجراءات،ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .

- **ثالثاً** : التمسك بالبطلان أثناء نظر الدعوى يكون بصورة دفع شكلي،أما التمسك بالسقوط فيكون دفعاً بعدم القبول (٤) .

- **اعتبار الخصومة كأن لم تكن** : اعتبار الخصومة كأن لم تكن من الألفاظ ذات الصلة بالبطلان،وتكون بعدم اتخاذ إجراء ما في موعده المقرر ، فالخصومة لا يتصور تصحيحها من جانب الخصم الذي تسبب في المخالفة ، والبطلان أصاب الإجراء منذ نشأته وتكوينه، فكأن الخصومة لم ترفع بإجراءٍ صحيح ، واعتبار الخصومة كأن لم تكن يقع بقوة القانون،ولا حاجة إلى صدور حكم يقرر بطلانه ، أما البطلان فلا بد من صدور حكم يقرر البطلان (٥) .

وتبدو أهمية ذلك إذا رفعت دعوى ثم اعتبرت الخصومة كأن لم تكن ، ثم رفع المدعي دعوى أخرى يطالب بالفوائد مستنداً إلى تاريخ الدعوى الأولى ، فعندها يملك المدعى عليه التمسك باعتبار الخصومة منقضية،كأن لم تكن من تاريخ اعتبارها كذلك (٦).

---

(١)الدريني،بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله،ج١،ص٢٨٥.
(٢) والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، ص٤٧٢-٤٧٣.
(٣) حدادين ، نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية ،ص٢٥٤.
(٤)أبو الوفا ، مدونة الفقه والقضاء في المرافعات ،ج٢،ص٣١٤ .
(٥) الشواربي ، عبد الحميد .الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية ،الإسكندرية :منشأة المعارف،ص ٥٢٥.
(٦) أبو الوفا ، مدونة الفقه والقضاء في المرافعات ،ج٢،ص٣١٥ .

-المبحث الثالث : الأصل الشرعي لاعتبار البطلان :

شـــرع الله القـــضاء لإقامـــة العـــدل وإحقاق الحق ، والأمور بمقاصدها فكل ما يحقق هذا المقصد،ويـــسهم فـــي إقامته فهو مقصود للشارع ، والحكم القضائي إنما هو لفصل خصومة بين أطـــراف ،كـــل يدعـــي أنـــه صاحب حق ، و إلا لما أقيمت دعوى كانت نهايتها وفصلها حكماً قـــضائياً ، فلو تم التراضي بين الخصوم لسبق الرضا القضاء ، فيصدر الحكم القضائي فاصلاً فـــي موضـــوع الدعـــوى لصالح طرف، فلا تكون العين المتنازع عليها في الحكم بأن المدعي صـــاحب حـــق، والمدعـــى عليه صاحب حق ، ولكن هذا الحكم عمل بشري ، والعمل البشري عرضـــة للخطأ ، فإذا صدر هذا الحكم مبنياً على خطأ،في أي جزء من أجزائه وكان يحمل في طياته ظلماً ،فهل يحقق مقصد الشريعة من إقامة القضاء ؟.

الأصـــل في الحكم القضائي الحجية وعدم النقض،والحجية تقضي باحترام الحكم الصادر،سواء أمام المحكمة التي أصدرته،أو أمام المحاكم الأخرى أو الخصوم،أو أي أطراف أخرى لهم علاقة بالحكم ، فلا سبيل إلى إعادة النظر في هذا الحكم من المحكمة التي أصدرته أو من غيرها .

فأصبح الحكم الذي بني على خطأ أو خلل بين احتمالين ، إما أن نقول ببطلان هذا الحكم؛ لأنه خالـــف مقصوده،من إقامة العدل وإحقاق الحق ، وفي ذلك يقول الإمام الشاطبي :" كل من ابتغى فـــي تكاليف الشريعة غير ما شرعت له،فقد ناقض الشريعة،وكل من ناقضها،فعمله في المناقضة باطل،فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له،فعمله باطل"(١).

فبين أن العمل إذا خالف مقصوده فهو باطل .

وإما أن نقول بأن الحكم القضائي اكتسب حجية وحرمة،فلا يجوز المساس به ؛ حتى لا نخرق هـــذه الحجية،ونـــضيع هيـــبة الأحكام القضائية ، ويتساهل الناس في تنفيذها ، فكأن بين الأمرين تعارضاً فهل الحجية تقابل وتعارض البطلان ؟.

الأصـــل فـــي الحكم القضائي الصحة في الظاهر،ووجوب تنفيذه والعمل به ، واكتسابه الحجـــية ، ولكـــن هـــذه الحجـــية لا تجعل الحكم مقدساً،لا يتعرض له بالنقض،وإن قامت الأدلة والبـــراهين على مخالفته للحق ومجانبته للعدالة ، بل يبقي الحكم معرضاً للنقض،إذا قامت الأدلة علـــى بطلانـــه ، وهذا يتفق ومقاصد الشريعة ومرادها من الحكم القضائي ، فالباطل منكر يجب تغييـــره وإعادته إلى جادة الصواب (٢). فالحجية لا تعارض البطلان ، والبطلان يكون للأحكام القـــضائية التـــي تخالف مبدأ الحجية،ولا تتمتع بالشروط الواجب توافرها في الحكم حتى يستحق

---

(١) الشاطبي ،الموافقات ، ج٣،ص١٢١.

(٢)ياسين، حجية الحكم القضائي ،ص١١.

الحجـية ومـا يترتـب علـيها ،فـبطلان الحكم القضائي ضمانة من ضمانات العدالة والشفافية والموضـوعية فـي القضاء في الإسلام،وسأتناول مشروعية بطلان الحكم القضائي في ثلاثة مطالب :

-المطلب الأول : مشروعية اعتبار البطلان من الكتاب :

١- مـا ورد فـي تفسير قوله تعالى : "وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين ، ففهمناها سليمان وكلاً آتينا حكماً وعلماً " .(١)

فالآيـة الكـريمة تشير إلى أنه دخل رجلان على داود عليه السلام، أحدهما صاحب حرث ، والآخـر صـاحب غـنم ، فقال صاحب الحرث : إن غنم هذا دخلت على حرثي، وما أبقت منه شـيئاً ، فقـال داود عليه السلام : اذهب فإن الغنم لك ، فخرجا فمرا على سليمان فقال : كيف قضـي بينكما ؟ ،فأخبراه ، فقال: لو كنت أنا القاضي، لقضيت بغير هذا ، فأخبر بذلك داود عليه السـلام فدعاه ،وقال : كيف كنت تقضي بينهما ، فقال : أدفع الغنم إلى صاحب الحرث ، فيكون لـه منافعها وألبانها ، وادفع الكرم إلى صاحب الغنم حتى إذا كان الحرث من العام المقبل،كهيئة يـوم نفشـت فـيه الغـنم ، دفع هؤلاء إلى هؤلاء غنمهم ودفع هؤلاء إلى هؤلاء حرثهم ، فقال داود : القضاء ما قضيت وحكم بذلك (٢).

قـال الـنحاس ، إنما قضى داود بالغنم لصاحب الحرث لأن ثمنها كان قريباً منه ، وأما في حكم سليمان فقد قيل : كان قيمة ما نال من الغنم ، وقيمة ما أفسدت الغنم سواء (٣) .

و ذكـر ابـن عباس -رضي الله عنهما -أن داود عليه السلام اجتهد في المسألة فقدر الضرر بالكرم،فسـاوى قـيمة الغـنم،فرأى أن يزال الضرر بمثله من النفع،ولهذا حكم بتسليم الغنم إلى المجني عليه .

أمـا اجـتهاد سليمان عليه السلام فقد أدى إلى أنه يجب مقابلة الأصول بالأصول ، والزوائد بالـزوائد ، ورأى أن مقابلـة الأصول بالزوائد غير جائز ؛ لأنه يقتضي الحيف والجور ، ولعل منافع الغنم في تلك السنة كانت موازية لمنافع الكرم فحكم بها .(٤)

---

(١)سورة الأنبياء ، آية (٧٨-٧٩).

(٢) - الشوكاني ، محمد بن علي ، (ت١٢٥٠هـ). فتح القدير ،٤م، مطبعة مصطفى البابي ،مصر ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٤م،ج٣،ص٤١٨- ٤٢٢.

- القرشـي ، إسـماعيل ابـن كثـير ،(ت٧٧٤هـ). تفسـير القرآن العظيم،ط٤،١م، دار المعرفة ،بيروت ، ١٩٨٧م،ج٤،ص٣٥.

- الكـيا الهراسـي،عماد الديـن بـن محمـد،(ت٥٠٤هـ). أحكـام القرآن،ط٢،٣م،دار الكتب العلمية،بيروت، ١٩٨٣م،ج٤،ص٢٧٥.

(٣)الشوكاني ، فتح القدير ، ج٣،ص٤١٨.

(٤)العمري، نادية ،(١٩٨٥). الاجتهاد في الإسلام،(ط٣).بيروت: مؤسسة الرسالة،ص١٤٢.

وجــه الدلالـــة : أن ســـليمان أعاد النظر في الحكم الذي أصدره داود، عندما رأى أن من الظلم مقابلة الأصول بالفروع، وهذا يعد إبطالاً ونقضاً من سليمان عليه السلام لحكم داود عليه السلام.

"و هـــذه وصية من الله عز وجل لولاة الأمور أن يحكموا بين الناس بالحق المنزل من عند الله تبارك وتعالى ولا يعدلوا عنه فيضلوا عن سبيل الله "(١).

وقد اعترض على هذا الدليل بما يلي :

أ-أنه شرع من قبلنا وشرع من قبلنا ليس شرعاً لنا .

الجـــواب:إن مقصد القضاء وغايته إقامة العدل ،والعدل اسم من أسماء الله تعالى،وهو القائل:"**إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل**"(٢)

والعـــدل مقصد القضاء في كل الشرائع ، فإذا كان نقض الحكم وإبطاله فيه تحقيق للعدالة فهو مقـــصود في شريعتنا ،كما أن شرع من قبلنا شرع لنا إذا لم يصرح شرعنا بما ينسخه (٣) ،وهذا قـــول الجمهور الحنفية ومشهور مذهب مالك وبعض الشافعية ،خلافاً للشافعية فقد قالوا بأن شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا.(٤)

ب-إن داود حكـــم بوحي ، وسليمان حكم بوحي نسخ الله به حكم داود ، فيكون التفهيم على هذا بطريق الوحي (٥) .

الجـــواب:وهذا بعيد فما فائدة النسخ في الحادثة نفسها وفي وقت واحد،والنسخ لا يكون إلا لحكمة ومقصد،وأي مقصد في النسخ المباشر،فالحكم اجتهاد من الحكمين .

وقـــد بـــين المفسرون في تفسيرهم لقوله تعالى:"**ففهمناها سليمان** "أن الحكم كان باجتهاد من الحكمـــين داود وســـليمان عليهما السلام ، فأصاب سليمان وأخطأ داود في حكمه ، وهذا له أجر الاجـــتهاد والإصـــابة،وهذا لـــه أجر الاجتهاد،ولم يذم داود وإنما قال الله تعالى:"**وكلاً آتينا حكماً وعلماً** ". وحكمهما كان اجتهاداً في هذه الحادثة وهذا قول الجمهور (٦) .

وأن النبـــي –صـــلى الله علـــيه وسلم- يقول عن نفسه في الحكم :" إنما أنا بشر فلعل بعضكم ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع "(٧) .فالقضاء من الأنبياء اجتهاد لا وحي ، وهذا الاجتهاد قابل للإصابة والخطأ ؛لأنه قضاءٌ بالظاهر.

---

(١) ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، ج٤،ص٣٥.
(٢) سورة النساء ،آية ٥٨ .
(٣)-ابن قدامة،روضة الناظر،ج١،ص٤٠٠.
-الشنقيطي،محمد الأمين المختار.مذكرة أصول الفقه ،دار القلم،بيروت،١٣٩١هص٩١.
(٤)الآمدي،الإحكام في أصول الأحكام،ج٤،ص١٢١.
(٥)الشوكاني ، فتح القدير ، ج٣،ص٤١٨.
(٦)المصدر نفسه ،ج٣،ص٤١٨.
(٧)سبق تخريجه ،ص١٧.

٢-قال تعالى :" **وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم** " (١) .

-**وجه الدلالة** : " ولا يحل الحكم إلا بما أنزل الله تعالى على لسان رسوله -صلى الله عليه وسلم - وهو الحق وكل ما عدا ذلك فهو جور وظلم لا يحل الحكم به، ويفسخ أبداً إذا حكم به حاكم ، وبرهان على ذلك قوله تعالى:" **وأن احكم بينهم بما أنزل الله** " (٢).

هذه العبارة استهل ابن حزم بها كتاب الأقضية ، وكأنه يؤسس فيها للبطلان في الأحكام القضائية مبيناً فيها بعض أسباب البطلان .

فالحكم بغير ما أنزل الله باطل ومردود كما سيأتي في أسباب البطلان في الفصل الثالث .

٣-قال تعالى :" **يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم ،فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول،إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلاً** "(٣) .

-**وجه الدلالة** : "وفي هذا بطلان الحكم بما عدا القرآن والسنة "(٤)، فالآية تدل على أن الحكم إذا لم يستند إلى الكتاب والسنة فهو حكم باطل ، والآية في المنازعة والخصومة ،وجعلت المرجع والمستند في الحكم الكتاب والسنة .

٤-" **إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله** "(٥) .

٥-" **وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين** "(٦).

٦-"**إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل**"(٧) .

-**وجه الدلالة** : دلت الآيات بعمومها على وجوب الحكم بين الناس بالعدل ، وإقامة الحق ، وفصل الخصومات ، وبطلان الحكم عند وجود سببه من الطرق التي تعين على هذا المقصد.

---

(١)سورة المائدة آية ٥٩.
(٢)ابن حزم ، المحلى ،ج٩،ص ٣٦٢.
(٣)سورة النساء،آية٣٥ .
(٤)ابن حزم ، المحلى ، ج٩،ص٣٦٥.
(٥)سورة النساء،آية١٠٥ .
(٦)سورة المائدة ،آية ٤٢.
(٧)سورة النساء ،آية٥٨.

-المطلب الثاني : مشروعية اعتبار البطلان من السنة :

١- عـن عمـرو بـن العاص -رضي الله عنه -أنه سمع رسول الله -صلى الله عليه وسلم - يقول:" إذا حكم الحاكم فاجتهد ، ثم أصاب فله أجران ، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر".(١)

وجـه الدلالة : دل الحديث الشريف على أن على المجتهد مفتيا كان أم قاضياً بذل أقصى الوسع في تحصيل الحكم ، وأنه قد يصيب الحكم وقد يخطئ ، فالخطأ وارد على القاضي ، ومن العدل إعـادة النظـر فـي حكمـه أو حكم غيره، إذا اشتمل على ظلم أو قام على بينة كاذبة أو دليل مزور،وهذا يقتضي بطلان الحكم.

قال النووي في شرحه للحديث:

"مـن لـيس بأهل للحكم ،فلا يحل له الحكم ،فإن حكم فلا أجر له،بل هو آثم،ولا ينفذ حكمه سواء كـان وافق الحق أم لا ؛لأن إصابته للحق اتفاقية ليست صادرة عن أصل شرعي،فهو عاص في جميع أحكامه ،سواء وافق الصواب أم لا،وهي مردودة كلها"(٢) .

٢- عـن أبـي سـعيد الخـدري -رضي الله عنه – قال : " سمعت رسول الله -صلى الله عليه وسـلم- يقول :" من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان "(٣) .

قـال القاضـي عياض رحمه الله : " هذا الحديث أصل في صفة التغيير،فحق المغير أن يغيره بكل وجه ما أمكن زواله به قولاً كان أو فعلاً،فيكسر آلات الباطل ويريق المسكر بنفسه أو يأمر من يفعله،وينزع الغصوب ويردها إلى أصحابها بنفسه ، أو بأمره إذا أمكنه "(٤) .

وجـه الدلالة : أن القاضي إن لم يغير ما رأى من المنكر والباطل في الأحكام فقد عصى رسول الله -صلى الله عليه وسلم – وخالف أمره ، فوجب عليه أن يغير كل منكر وباطل من الأحكام ، وأن يعطي كل ذي حق حقه (٥) .

٣- عـن عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم - " من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد "، وفي رواية "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد"(٦).

---

(١) سبق تخريجه،ص١٧.
(٢) النووي، صحيح مسلم بشرح النووي ،ج١٢،ص١٤.
(٣) مسلم ، صحيح مسلم بشرح النووي ، ج٢، ص٢٢.
(٤) النووي، صحيح مسلم بشرح النووي ،ج٢،ص٢٥
(٥) أبو العينين ، عبد الفتاح محمد.القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي ، مطبعة الأمانة،مصر،١٩٨٣م،ص٦٤.
(٦) -البخاري ، صحيح البخاري ، ج ٢،ص ٩٥٩ .
- مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي ، ج١٢، ص١٦.

وجـــه الدلالة :هذا الحديث قاعدة عظيمة من قواعد الإسلام، وهو من جوامع كلمه –صلى الله علـــيه وسلم– فإنه صريح في رد البدع والمخترعات(١)، ويعتبر هذا الحديث من أركان الشريعة لكثرة ما يدخل تحته من الأحكام وقوله" فهو رد"أي مردود أطلق اسم المصدر على اسم المفعول، و الـــرد هنا بمعنى المردود ومعناه فهو باطل غير معتد به، ويستدل به على إبطال جميع العقود الممنوعة وعدم وجود ثمرتها ،فالحكم بغير ما أنزل الله مردود يجب نقضه لأنه باطل. (٢)

وقـــد أورده مسلم في كتاب الأقضية باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور (٣)، وقد استهل به صاحب عمدة الأحكام كتاب القضاء لإبطال كل ما خالف الشرع ورده.(٤)

٤– عـــن عـــروة بن الزبير أن زينب ابنة أبي سلمة أخبرته أن أم سلمة زوج النبي –صلى الله علـــيه وسلم – أخبرتها عن رسول الله –صلى الله عليه وسلم– أنه سمع خصومة بباب حجرته ، فخـــرج إلـــيهم فقـــال : "إنمـــا أنا بشر،وإنه يأتيني الخصم فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض فأحـــسب أنـــه صـــادق فأقضي له بذلك ، فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار ، فليأخذها أو ليتركها " . (٥)

وجـــه الدلالـــة : دل الحـــديث علـــى أن القاضـــي يحكـــم بموجب البينات التي قدمت له من الخـــصوم ، فإذا تبين بعد إصدار الحكم أن هذه البينات كاذبة أو مزورة،فمن إقامة العدل وإحقاق الحق إعادة النظر في هذا الحكم،إذا كان فيه ما يستوجب بطلانه، كما بين النبي –صلى الله عليه وســـلم– لمـــن حصل على ما لا يستحق بحكم قضائي،أنه لا يحل له هذا الشيء،وإن كان له في الظاهر بموجب الحكم حيث أن القاضي بشر،ولا يطلع على خفايا الأمور إلا علام الغيوب .

–ومن نصوص العلماء في التعليق علىهذا الحديث واستنباط الأحكام منه التي تؤكدهذا المعنى: "هـــو خطاب للمقضي له ومعناه أنه أعلم بنفسه،هل هو محق أو مبطل،فإن كان محقا فليأخذ،وإن كان مبطلاً فليترك ؛ لأن الحكم لا ينقل الأصل عما كان عليه " (٦) .

---

(١) النووي ، صحيح مسلم بشرح النووي ، ج١٢، ص١٦.
(٢) ابن دقيق العيد ، تقي الدين أبي الفتح،(ت٧٠٢) .إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، ٢م، في أربعة أجزاء، دار الكتب العلمية ، بيروت ،ج٤،ص١٦٢.
(٣) النووي ، صحيح مسلم بشرح النووي ، ج١٢، ص١٦ .
(٤) ابن دقيق العيد ، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام،ج٤،ص١٦٢.
(٥) سبق تخريجه،ص١٧ .
(٦)الزرقانـــي ، محمـــد . شرح الزرقاني على موطأ مالك ، ٤م، تحقيق لجنة من العلماء ، دار الفكر ،بيروت، ١٩٨١م، ج٤،ص٣٨٥.

" التنبيه على حالة البشرية، وأن البشر لا يعلمون من الغيب وبواطن الأمور شيئاً إلا أن يطلعهم الله علـــى شيء من ذلك ، وأنه يجوز عليه في أمور الأحكام ما يجوز عليهم، وأنه إنما يحكم بين الناس في الظاهر مع إمكان أن الباطن بخلافه " .(١)

" الحديث دليل على أن حكم الحاكم لا يحل به للمحكوم ما حكم له به على غيره إذا كان ما إدعاه باطلاً في نفس الأمر ". (٢)

فـــإذا انكـــشفت الحقيقة للحاكم ، لم يحل له أن يساعد المحكوم له على أمر باطل، بل يجب عليه إبطال الحكم.

٥- عـــن أبـــي هريـــرة رضي الله عنه قال :" قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-:" القضاة ثلاثـــة ، اثنان في النار وواحد في الجنة ، رجل عرف الحق فقضى به فهو في الجنة ، ورجل عـــرف الحـــق ولـــم يقض به وجار في الحكم فهو في النار ، ورجل لم يعرف الحق فقضى بين الناس عن جهل فهو في النار " .(٣)

وجـــه الدلالـــة : أن النبي -صلى الله عليه وسلم- حذر القاضي من القضاء بجهل ، أو القضاء بغيـــر الحـــق مـــع علمه به،ومن قضى بجهل فحكمه باطل،وإن وافق الحق ؛ لأن إصابته للحق ليست صادرة عن أصل شرعي .(٤)

وهـــذا يـــؤكد على أن القاضي الباحث عن الحق ، إذا تبين له بعد إصدار الحكم أنه بنى حكمـــه على باطل ، أو على بينة كاذبة وشهادة زور ولا يبطل حكمه ولا يعيد النظر فيه يدخل فـــي عموم هذا النص،وقد أكد هذا المعنى في سبل السلام فقال :" الحديث دليل على أنه لا ينجو مـــن النار من القضاة ، إلا من عرف الحق وعمل به ، والعمدة العمل فإن عرف الحق ولم يعمل به فهو ومن حكم بجهل سواء في النار "(٥).

فالقاضـــي الذي اطلع على سبب يستوجب البطلان في حكمه ، أو حكم غيره ممن له سلطة في نقضه، ولم ينقض هذا الحكم ويبطله فقد عرف الحق ولم يقض به .

---

(١) الزرقاني،شرح الزرقاني على موطأ مالك ، ج٤،ص٣٨٥.
(٢) الصنعاني ، سبل السلام ،ج٤، ص١٤٦٦.
(٣) سبق تخريجه،ص١٦.
(٤) الشربيني،مغني المحتاج،ج٤،ص٣٧٢.
(٥) الصنعاني ، سبل السلام ،ج٤، ص١٤٥٦.

٦- قوله -صلى الله عليه وسلم- :" من أعان على خصومة بظلم ، لم يزل في سخط الله حتى ينزع". (١)

وجه الدلالة : أن النبي -صلى الله عليه وسلم - حذر من إعانة خصم على ظلمه ، وجعله في سخط الله إن لم يرجع عن ذلك ، فإذا تبين للقاضي أن حكمه بني على ظلم أو بينة مزورة ، ولم يرجع ويعيد النظر في حكمه ، دخل في هذا السخط الإلهي ،كما أن القاضي إذا رأى في الحكم ما يستوجب البطلان ، ولم يبطله فقد أعان على ظلم في خصومة فدخل في هذا السخط ، سواء كان البطلان لخلل في المقومات أو حتى في الإجراءات فمن العدالة في الحكم القضائي أن يصدر بنفس الإجراءات للجميع دون تفريق وحسب الأصول المتبعة.

٧- عن الزهري عن سالم عن ابن عمر قال: بعث النبي -صلى الله عليه وسلم- خالد بن الوليد إلى بني جذيمة ، فلم يحسنوا أن يقولوا أسلمنا " فقالوا "صبأنا صبأنا " فجعل خالد يقتل ويأسر ، ودفع إلى كل رجل منا أسيره ، فأمر كل رجل منا أن يقتل أسيره ، فقلت : والله لا أقتل أسيري ، ولا يقتل رجل من أصحابي أسيره ، فذكرنا ذلك للنبي -صلى الله عليه وسلم- فقال : " اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد بن الوليد مرتين "(٢)

وجه الدلالة:أن النبي -صلى الله عليه وسلم- أبطل فعل خالد وتبرأ منه ،وقد بوب البخاري للحديث بقوله "باب إذا قضى الحاكم بجور أو خلاف أهل العلم فهو رد"(٣)

فعبارة البخاري تدل على أن الحديث نصٌ في بطلان الحكم القضائي.

ولم يعاقب النبي -صلى الله عليه وسلم- خالداً على فعله لكونه مجتهداً في حكمه فدل على أن المجتهد لا يعاقب إذا أخطأ في اجتهاده ، والذي يظهر أن هذا الخطأ لا يستلزم الإثم ولا الغرامة، وإن كان فعله ليس بمحمود .(٤)

٨- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله- صلى الله عليه وسلم- يقول:" من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فقد ضَادَّ الله ، ومن خاصم في باطل وهو يعلمه لم يزل في سخط الله حتى ينزع منه " (٥) .

---

(١) -ابن ماجة ، سنن ابن ماجة ،ج٢،ص٧٧٨.
قال الحاكم في المستدرك:صحيح الإسناد .
-الحاكم ، المستدرك على الصحيحين،ج٤،ص٩٩.

(٢)البخاري ، صحيح البخاري ، ج ٦،ص ٢٦٢٨ .

(٣)المصدر نفسه، ج ٦،ص ٢٦٢٨ .

(٤) ابن حجر ، أحمد بن علي العسقلاني ، (ت ٨٥٢) . فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، ١٣م، (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي)، المكتبة السلفية ، ج١٣، ص١٨١.

(٥) أبو داود ، سنن أبي داود ، باب في من يعين على خصومة من غير أن يعلم أمرها ج٣، ص٣٠٤. أخرجه الحاكم في المستدرك ،ج٢، ص٢٧.

وجـــه الدلالـــة : دل الحديث على حرمة المخاصمة في باطل، فالحكم القضائي إذا كان فيه ما يستوجب البطلان ، فقد بني على باطل وما بني على باطل فهو باطل.

٤- أن النبـــي -صلى الله وسلم- حينما قضى علي في حادثة الزبية، ولم يرضوا بحكمه فجاؤوا إلـــى النبي -صلى الله عليه وسلم- ، وهو عند مقام إبراهيم عليه السلام ، فقصوا عليه القصة ، فقـــال :"أنا أقضي بينكم ، واحتبى فقال له رجل من القوم :أن علياً قضى فينا بكذا ، وقصوا عليه القضـــية، فنظر في قضاء علي وأجازه - صلى الله علي وسلم- "(١).والقصة مشهورة عن علي رضي الله عنه.

وجـــه الدلالة:أن النبي -صلى الله عليه وسلم-أعاد النظر في قضاء علي عندما رفض الخصوم قضـــاءه ، ولمـــا ســـمع القضـــية أجـــاز قضاء علي،فدلت الحادثة على جواز إعادة النظر في القضـــية،والحكم فيها بحكم جديد إذا اعترض الخصوم وكانت لهم بينة ، ولما تبين للنبي -صلى الله علـــيه وســـلم- عدالـــة حكم علي أجازه وأمضاه ،ولو كان يشتمل على ما يستوجب البطلان لأبطله -صلى الله عليه وسلم-،وإلا لما كان هناك فائدة من إعادة النظر في الحكم.(٢)

- من الآثار :

١- مـــا جاء في كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري في القضاء وفيه " ولا يمنعك قضـــاء قضيته بالأمس،ثم راجعت فيه نفسك ، فهديت لرشدك أن تراجع فيه الحق ، فإن الرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل ". (٣)

وجـــه الدلالة : دل الأثر المروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بأن القاضي إذا رأى أن الحكـــم الذي أصدره فيه خطأ ، وعرف الصواب أن يرجع إلى الصواب والحق ، فالرجوع إلى

---

(١) المرعي ،حسن .الاجتهاد في الإسلام،مطابع جامعة محمد بن سعود،الرياض،ص٧٥،والحديث أخرجه أحمد في المسند،ج٢،ص١٥ ،وقد ضعفه محقق المسند الشيخ شعيب الأرناؤوط وقال:حديث ضعيف،والزبية الحفرة.
-الشيباني أحمد بن حنبل،(ت٢٤١هـ). المسند ،(تحقيق شعيب الأرناؤوط)،مؤسسة الرسالة ، بيروت، ١٩٩٩ م.
(٢) المرعي ،الاجتهاد في الإسلام ،ص٧٥.
(٣) - النووي ، يحيى بن شرف ،(ت٦٧٦هـ). المجموع شرح المهذب ، ٢٠م، ،دار الفكر ،ج٢٠،ص١٣٨.
أخـــرجه البيهقـــي فـــي السنن الكبرى . -البيهقي،أحمد بن الحسين،(ت٤٥٨هـ).السنن الكبرى،ط١،١٠م،دار المعرفة،بـــيروت،١٣٥٥هـ،ج١٠،ص١٥٠.وقـــد ضـــعفه الدارقطني وقال في إسناده عبيد الله بن أبي حميد .
الدارقطني ، علي بن عمر ، (ت٣٨٥هـ) .سنن الدارقطني ،٢م، في أربعة أجزاء،(ط٢) ، عالم الكتب ، بيروت ، ١٩٨٣م،ج٢،ص٢٠٦.وضعفه ابن حزم وقال: لا يصح عن عمر، لأن أحسن طرقه محارب بن دثار، ومحارب لـــم يـــدرك عمر ،وقد حمل على هذه الرسالة. -ابن حزم ،المحلى،ج٩،ص٤٢٣.إلا أن هذا الأثر قد تلقته الأمة بالقـــبول ،فقـــال فيه ابن القيم:"هذا كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول، وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة ،والحاكم والمفتـــي أحـــوج شـــيءٍ إلـــيه وإلى تأمله والتفقه فيه ." - ابن قيم الجوزية ، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر ، (ت٧٥١هـ) . إعـــلام الموقعين عن رب العالمين ،٤م، (تحقيق طه عبد الرؤوف سعد) ، دار الجيل ،بيروت، ١٩٧٣م،ج١،ص٨٦.وهذا الكتاب لا يكاد يخلو منه كتاب في القضاء.

الحق أفضل وخير من إمضاء حكم ظالم مبني على باطل ، وهذا إعادة للنظر في الحكم من نفس القاضي الذي أصدر الحكم .

٢- عن عمر بن عبد العزيز قال:" ما من طينة أهون علي فكاً وما من كتاب أيسر علي رداً من كتاب قضيت به ثم أبصرت أن الحق في غيره ففسخته " .(١)

٣- قال الشافعي : "وأخبرني من لا أتهم عن ابن أبي ذئب قال : أخبرني مخلد بن خفاف قال : ابتعت غلاماً ، فاستغللته ، ثم ظهرت منه على عيب ، فخاصمت فيه إلى عمر بن عبد العزيز ، فقضى لي برده ، وقضى علي برد غلته ، فأتيت عروة فأخبرته ، فقال أروح إليه العشية فأخبره أن عائشة أخبرتني أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- " قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان " فعجلت إلى عمر فأخبرته بما أخبرني به عروة عن عائشة عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ، فقال عمر:" فما أيسر هذا علي من قضاء قضيته ، اللهم إنك تعلم أني لم أرد فيه إلا الحق ، فبلغتني فيه سنة عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فأردّ قضاء عمر وأنفذ سنة رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ، فراح إليه عروة فقضى لي أن آخذ الخراج من الذي قضى به علي له" . (٢)

وجه الدلالة:قول عمر بن عبد العزيز الخليفة الراشدي الخامس في الأثرين واضح الدلالة على نقض الحكم وإبطاله،إذا وجد فيه ما يستوجب البطلان،وكان الحق في غير ما قضي به، وأن هذا على نفس القاضي العادل الذي يسعى للوصول إلى الحق أهون من إبقاء حكم يستحق البطلان .

٣- قال الشافعي: "أخبرني من لا أتهم من أهل المدينة عن ابن أبي ذئب قال :قضى سعد بن إبراهيم على رجل بقضية برأي ربيعة بن أبي عبد الرحمن ، فأخبرته عن النبي -صلى الله عليه وسلم- بخلاف ما قضى به ، فقال سعد لربيعة : هذا ابن أبي ذئب ، وهو عندي ثقة يخبرني عن النبي - صلى الله عليه وسلم- بخلاف ما قضيت به ، فقال له ربيعة : قد اجتهدت ومضى حكمك ، فقال سعد: وأعجباه! أنفذ قضاء سعد بن أم سعد وأراد قضاء رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ، بل أرد قضاء ابن أم سعد ،وأنفذ قضاء رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فدعا بكتاب القضية فشقه وقضى للمقضي عليه."(٣) فدل الأثر على أن الحكم القضائي خالف سنة رسول الله -صلى الله عليه وسلم-وهذا يستوجب بطلان الحكم،فما أيسر نقض هذا الحكم على قلب ذلك القاضي الذي يتحرى العدل وينشد الحق حتى لو كان بإبطال حكمه .

---

(١)- النووي ، المجموع شرح المهذب ، ج٢٠، ص١٥٥.
- البيهقي،السنن الكبرى،ج١٠،ص١١٩.
(٢) ابن القيم ، إعلام الموقعين ،ج٢،ص٢٨١.
(٣) المصدر نفسه ، ج٢، ص٢٨١.

-المطلب الثالث : مشروعية اعتبار البطلان من المعقول :

ويتفق اعتبار البطلان مع العقل من وجوه :

١-أن الهدف من القضاء إقامة العدل وإحقاق الحق ، ولا يتحقق هذا المقصد في إقرار حكم يستوجب الإبطال،ويشتمل على خلل أو عيب ، فقد يكون معتمداً على بينة مزورة أو على يمين كاذبة فالسكوت عليه إعانة على الظلم .

٢- أن كل طريق أو وسيلة مقصودها إقامة العدل وإحقاق الحق ، فهي مقصودة لذاتها في شرعنا،فالله تعالى لم يحصر هذه الطرق ولم يقصرها على نوع واحد أو أنواع،وإبطال الحكم القضائي من أهم هذه الطرق،فليس من العدل تنفيذ حكم يشتمل على ظلم أو خطأ يستوجب إبطاله، وقد أشار إلى هذا المعنى ابن قيم الجوزية بقوله: "إن الله أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط ، وهو العدل الذي قامت به السماوات والأرض ، فإذا ظهرت أمارات الحق ، وقامت أدلة العقل ، وأسفر صبحه بأي طريق كان ، فثم شرع الله ودينه ورضاه وأمره ، والله تعالى لم يحصر طرق العدل وأدلته وأماراته في نوع واحد،وأبطل غيره من الطرق التي هي أقوى منه وأدل وأظهر ، بل بين مما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة الحق والعدل ، وقيام الناس بالقسط ، فأي طريقة استخرج بها الحق ومعرفة العدل وجب الحكم بموجبها ومقتضاها ، والطرق والأسباب وسائل لا ترد لذواتها ، وإنما المراد غايتها التي هي المقاصد ، ولكن نبه بما شرعهُ من الطرق على أسبابها وأمثالها ، ولن تجد طريقاً من الطرق المثبتة للحق إلا وهي شرعة وسبيل للدلالة عليها وهل يظن بالشريعة الكاملة خلاف ذلك؟"(١).

٣- أن القاضي الذي أصدر حكماً يستوجب الإبطال غير معذور فيه ؛ لأنه قضى بغير الحق . " لأنه مفرط في حكمه غير معذور فيه فوجب نقضه " (٢) ، وهذا لا يعني الإثم وإنما له على اجتهاده الأجر،إذا كان بذل ما في وسعه لتحصيل الحكم ويحمل قول النووي على من قصر ولم يبذل وسعه وما يستطيع من جهد في الوصول إلى الحكم .

---

(١) ابن قيم الجوزية ، إعلام الموقعين ، ج٤،ص٣٧٣.
(٢) النووي ، المجموع ، ج٢٠،ص١٣٨.

٤-أن الحكـــم الـــصادر من القاضي عمل بشري ، والعمل البشري عرضة للخطأ والزلل ، فإن صــدر مبنـــياً على خطأ أو ظلم ، لا يحقق مقصد الشريعة من نصب القضاء، والحكم إذا خالف مقــصوده مـــن إقامة العدل وإحقاق الحق استوجب الإبطال ، وهذا ما أكده الشاطبي بقوله:" كل مـــن ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة ، وكل ما ناقضها ، فعمله في المناقضة باطل،فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له ، فعمله باطل "(١) .

(١) الشاطبي ، الموافقات ج٣،ص١٢١.

الفصل الثاني

بطلان الحكم لخلل يرجع إلى مقوماته

تقـدم معـنا في المبحث الرابع في الفصل التمهيدي، أن قوام الشيء عماده و نظامه، ومقـومات القـضاء هـي: القاضـي والمقـضي به والمقضي فيه والمقضي له والمقضي عليه والطـريق ، وهـذه المقومات لا بد من توفرها لصحة الحكم القضائي ،حتى يترتب عليه أثره ، ويحقـق الغايـة والمقصود منه ، والحكم الذي لا تتوفر فيه هذه الأركان بشروطها، يكون حكماً بـاطلاً ، ومن هنا كان لا بد من دراسة مقومات الحكم ، لكن الإغراق في دراسة هذه المقومات، قـد يخـرج الدراسة عن مقصودها ، والأمور بمقاصدها ، مما يتطلب أن نلقي الضوء على هذه المقـومات ، فيما يخص موضوع البطلان ، فمثلاً المبحث الأول يتعلق باختلال الشروط الذاتية فـي القاضي ، فلو قمت بدراسة شروط القاضي في الشريعة، دراسة فقهية مقارنة مشتملة على الأقـوال والأدلة والمناقشات ، لطال الأمر بما يتسع إلى باب وليس إلى مطلب ، والمبحث الرابع بطـلان الحكم لخلل في أسبابه ، والمراد بالأسباب البينة في هذا الموضع وهي طرق الإثبات ، وطـرق الإثبات لو قمت بدراستها، لاحتاجت إلى رسالة كاملة وليس إلى مطلب ، فدراستي لهذه المقـومات دراسة تتعلق بالخلل أو العيب الذي يدخل على طرق الإثبات ويستوجب بطلان الحكم القـضائي ، وهـذا لا يمنع من التعريف بهذه الشروط المتعلقة بالقاضي ، ومن التعريف بطرق الإثبات بصورة مختصرة تليق بالمقام ، ولا تتعارض مع ما سبق ذكره . وقد تناولت هذا الفصل وفق المباحث التالية :

-**المبحث الأول:** بطلان الحكم القضائي لخلل يرجع إلى القاضي:

-**المطلب الأول :** بطلان الحكم القضائي لاختلال الشروط المطلوبة في القاضي .

-**الفرع الأول:** الشروط المتفق عليها.

-**الفرع الثاني:**الشروط المختلف فيها .

-**الفرع الثالث:**انعدام الولاية أو بطلانها .

-**المطلب الثاني :** حكم القاضي وهو مشوش الفكر.

-**المطلب الثالث :** سبق إبداء القاضي رأيه في الحادثة.

-**المبحث الثاني:** بطلان الحكم لخلل في المحكوم فيه.

-**المبحث الثالث:** بطلان الحكم لخلل في مستنده الشرعي.

-**المبحث الرابع:** بطلان الحكم لخلل يرجع إلى أطراف الخصومة :

-**المطلب الأول** :عدم أهلية الخصوم .

-**المطلب الثاني:** عدم الصفة في الخصوم.

-**المطلب الثالث :** غياب أحد أطراف الخصومة.

-**المطلب الرابع :** جهالة أحد أطراف الخصومة.

-**المطلب الخامس:** علاقة القاضي بأحد أطراف الخصومة .

-**المبحث الخامس:** بطلان الحكم لخلل في البينة:

-**المطلب الأول:** بطلان الحكم لخلل في الإقرار .

- **المطلب الثاني** :بطلان الحكم لخلل في الشهادة .

- **المطلب الثالث** :بطلان الحكم لخلل في اليمين .

- **المطلب الرابع** :بطلان الحكم المستند إلى النكول .

-**المطلب الخامس :** بطلان الحكم لخلل في القرائن .

-**المطلب السادس:**بطلان الحكم المستند إلى علم القاضي الشخصي.

-**المطلب السابع** :بطلان الحكم لخلل في البينة في القانون.

-المبحث الأول:أسباب بطلان الحكم القضائي لخلل يرجع إلى القاضي:

تختلف أسباب بطلان الحكم القضائي لخلل يرجع إلى القاضي ،فبعضها يتعلق بالشروط الواجب توافرها في القاضي ،وبعضها يتعلق في الحالة التي يكون عليها القاضي عند نظر الحكم وإصـــداره ،وبعضها يتعلق بعلاقة القاضي بالخصوم ،وقد تناولت هذا المبحث من خلال المطالب التالية :

-المطلب الأول:بطلان الحكم القضائي لاختلال الشروط المطلوبة في القاضي:

القــضاء منــصب رفــيع، ولا يختار ولي الأمر له إلا من هو أهل له،ممن عرف بالنزاهة والاستقامة والعلم ،وقد اشترط الشارع فيمن يتولى هذا المنصب شروطاً ،ويعتبر تخلفها سبباً في بطلان الحكم الصادر عن القاضي الذي لا تتوافر فيه هذه الشروط.

والشرط في اللغة : العلامة ، وفي التنزيل العزيز :" **فقد جاء أشراطها**"(١) .

وأشرطه جعل له علامة . (٢)

وفي الشرع:" ما لا يوجد المشروط مع عدمه ، ولا يلزم أن يوجد عند وجوده"(٣).

مــثل : الوضوء شرط في صحة الصلاة ، فالوضوء الشرط ، والصلاة المشروط فلا يصح المــشروط إلا بوجود الشرط ، فلا تصح الصلاة إلا بالوضوء ، وقد يوجد الشرط ولا يوجد المشروط ، فقد يتوضأ ليتلو كتاب الله لا ليصلي ، وهذا معنى قوله :" ولا يلزم أن يوجد عند وجوده ".

ويتــضح مــن تعريف الشرط ، أنه يلزم من عدم توافر شروط القاضي،عدم الأهلية للقــضاء ، فعــدم توافر شرط من الشروط الواجب توافرها في القاضي، يعني بطلان أهلية هذا الــشخص للقــضاء،وعدم أهليــته لإصدار الأحكام ، فالأحكام الصادرة عن هذا القاضي، تعتبر أحكامــاً باطلــة لا اعتــبار لها ، ولا ثمرة في نظر الشارع .وهذه الشروط بعضها متفق عليه ، وبعضها مختلف فيه، وقد قسمت هذا المطلب إلى ثلاثة فروع :

---

(١) سورة محمد ، آية ١٨ .
(٢) إبراهيم أنيس وآخرون من مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط ، ج١ ، ص٤٧٨ .
(٣) ابن قدامة ، روضة الناظر ، ج٢ ، ص١٨٩ .

-**الفرع الأول:الشروط المتفق عليها :**

- **أولا: الإسـلام :** يـشترط فـي القاضي أن يكون مسلماً ؛لأن الكافر ليس أهلاً للولاية ، قال تعالى :"**ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً**"(١).

ونـصب الكافـر علـى القضاء ولاية، بل هي من أرفع الولايات ، كما أن على القاضي أن يحكـم بالـشرع والـدين، فـلا يلـزم المسلمون بالتحاكم عنده والرضا بحكمه ،كما أن الكفر يقتـضي إذلال صـاحبه ، والقـضاء يقتضي احترامه،ورفع منزلته،\وبينهما تعارض ومنافاة ، كمـا أن الإسـلام شـرط فـي الشهادة،والشهادة دون القضاء،فكان اشتراط الإسلام في القضاء أولى.

فالكافـر لا يجوز أن يكون قاضياً على المسلمين،فإذا تولى الكافر القضاء،فالأحكام القضائية التي يصدرها باطلة(٢)،خلافاً لأبي حنيفة الذي أجاز تقليده على أهل دينه،وأنفذ أحكامه عليهم.(٣)

-**والـراجح:** قـول الجمهور فمن ليس أهلاً للقضاء على المسلم ليس أهلاً للقضاء على غيره في بلاد الإسلام .

-**ثانياً : العقل والبلوغ :** (٤) ، ويشترط في القاضي أن يكون بالغاً عاقلاً .

فالصغير والمجنون والمعتوه لا ولاية لهم على أنفسهم ، فهؤلاء ليسوا من أهل القضاء ، وإن ولـوا لا تنعقد ولايتهم ولا قضاؤهم ، فالقضاء من أعظم الولايات ، فهؤلاء ليس لهم أدنى الـولايات وهـي الشهادة ، و أن لا يكون لهم أهلية أعلاها أولى و آكد ، فلا يجوز تولية الصبي

---

(١) سورة النساء ،آية ١٤١.
(٢) -ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٥،ص٣٥٤.
- الكاساني ، بدائع الصنائع ،ج٧،ص٣.
-ابن فرحون تبصرة الحكام ،ج١،ص١٨.
- الحطاب، مواهب الجليل،ج٦،ص٨٧.
- ابـن أبـي الدم،شـهاب الدين أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الله ،(ت٦٤٢هـ) .أدب القضاء،(تحقيق الدكتور محمد مصطفى الزحيلي) ،ص٢١.
- ابن قدامة،المغني، ج٩،ص٨١.
- ابن مفلح،إبراهيم بن محمد،(ت٨٨٤هـ). المبدع، ١٠م،المكتب الإسلامي ،بيروت،١٤١١هـ ، ج١٠،ص١٩.
- ابن حزم،المحلى،ج٩،ص٣٦٣.
(٣)ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٥،ص٣٦٤.
(٤) -ابن عابدين ، رد المختار ، ج٥،ص٣٥٤.
- الكاساني ، بدائع الصنائع ،ج٧،ص٣.
-ابن فرحون ، تبصرة الحكام ،ج١،ص١٩.
- الحطاب، مواهب الجليل،ج٦،ص٨٧.
- ابن أبي الدم، أدب القضاء ،ص٢١.
- النووي ، روضة الطالبين ، ج٨،ص٨٤.
- ابن قدامة،المغني، ج٩،ص٤١.
- ابن حزم،المحلى،ج٩،ص٣٦٣.

غــير الــبالغ ،ولا تولــية مختل العقل، فكلاهما لا ولاية له على نفسه، فلا يكون له ولاية على غــيره ، فإن تولى القضاء صبي أو مختل العقل ،كانت ولايته باطلة وأحكامه مردودة ، فإن طرأ عليه خلل في عقله بعد أن تولى القضاء بطلت ولايته (١) .

بل إن بعض الفقهاء نص ، على أنه لا يكفي القاضي العقل المشترط في التكليف، بل لا بد أن يكــون صـــحيح التمييز ،جيد الفطنة بعيداً عن السهو والغلط ، يتوصل بذكائه إلى حل المشكلات والنظر في المعضلات . (٢)

وذكــر الشــافعية تفصــيلاً بــأن الجــنون الطــارئ، إذا كان يعتريه في بعض الأحيان ينظر ،فإذا كان زمنه قصير ثم يفيق ويعود إلى طبيعته فوجهان :

- أحدهما : أنه لا يجوز لأنه يخرج في زمان ذلك عن حكم التكليف .
- والثانــي : أنه يجوز ويجري مجرى الاستراحة والنوم ، أما إن طال زمانه ووصل إلى أوقات النظر بطلت ولايته (٣) .

-ثالثاً:الحرية: يشترط في القاضي أن يكون حراً .(٤)

لأن ولاية العبد لا تصح ، حتى وإن كان فيه بقية من رق ، حتى أن بعض المالكية قالوا: ولا المعتق من الرق ، خوفاً من أن تستحق رقبته ، فتذهب أحكام الناس باطلاً .(٥)

والمكاتب في معنى العبد .(٦)

---

(١) -ابن عابدين ، رد المختار ، ج٥،ص٣٥٤.
- الكاساني ، بدائع الصنائع ،ج٧،ص٣.
-ابن فرحون ، تبصرة الحكام ،ج١،ص١٩.
- الحطاب، مواهب الجليل،ج٦،ص٨٧.
- ابن أبي الدم، أدب القضاء ،ص٢١.
- النووي ، روضة الطالبين ، ج٨،ص٨٤.
- ابن قدامة،المغني، ج٩،ص٤١.
- ابن حزم،المحلى،ج٩،ص٣٦٣.

(٢) - ابن فرحون، تبصرة الحكام ، ج١،ص١٨.
- الماوردي ، أدب القاضي، ص٦٢٠.

(٣) الماوردي ، أدب القاضي، ص٦٢٠.

(٤) -ابن عابدين ، رد المختار ، ج٥،ص٣٥٤.
- الكاساني ، بدائع الصنائع ،ج٧،ص٣.
-ابن فرحون تبصرة الحكام ،ج١،ص١٨.
- الحطاب، مواهب الجليل،ج٦،ص٨٧.
- ابن أبي الدم ،أدب القضاء ،ص٢١.
- ابن قدامة،المغني، ج٩،ص٤١.
- ابن مفلح ، المبدع ، ج١٠،ص١٩.

(٥)ابن فرحون تبصرة الحكام ،ج١،ص١٨.

(٦) ابن أبي الدم ،أدب القضاء، ص١٦.

ولأن العبد ناقص بالرق ، محجور عليه مسلوب أهلية الشهادة،لا يستقل بنفسه، فلا يصح لقضاء ولا لإمارة (١) ، كما أن العبد مشغول بحقوق سيده (٢) .

ولـم يخالف في ذلك إلا الظاهرية وقالوا : جائز أن يلي العبد القضاء؛ لأنه مخاطب بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ولقوله تعالى :"**إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها، وإذا حكمـتم بين الناس أن تحكموا بالعدل** "(٣). وهذا عام للرجل والمرأة والحر والعبد ، والدين كله واحـد ، إلا مـن حـيث ما جاء به النص بالفرق بين الحر والعبد ،لأن عمر- رضي الله عنه- قال :"أطع الإمام وإن كان عبداً مجدعاً " ولا يعرف له مخالف من الصحابة (٤) .

والراجح اشتراط الحرية في القاضي ويجاب على تول الظاهرية بأن العبد لا ولاية له على نفسه،فلا يكون له ولاية على غيره،وأثر عمر يفهم منه الطاعة،ولا يراد به تولية العبد القضاء .

كمـا أن هـذا الشرط أصبح لا وجود له ، بعد إلغاء الرق في العالم ، بموجب مؤتمر فينا عـام ١٨١٥م ، واتفاقـية جنيف عام ١٩٥٦م ، وقد وافقت عليها كل الدول وصادقت عليها(٥). والإسـلام مـنذ أن بزغ نوره ، وهو يحارب الرق في العالم، واتخذ العديد من الوسائل لتحرير الرقيق كالكفارات ونحوها .

فـلا يجـوز أن يكون القاضي عبداً ولا مكاتباً، ولا فيه جزء من الرق،أي وإن كان مكان مكاتباً وبقـي علـيه جزءٌ مما اتفق عليه في عقد المكاتبة ، فإن قلد العبد ولاية القضاء ، فولايته باطلة وأحكامـه مـردودة ، فمـن لا يكون ولياً على نفسه فلا يكون ولياً على غيره،خلافاً للظاهرية، فأحكامه صحيحة ونافذة عندهم .

رابعاً:سلامة الحواس : (٦)

وقد نقل القاضي عياض الإجماع على ذلك حتى يتمكن من الضبط والتمييز ومعرفة المحق مـن المبطل والطالب من المطلوب ، والشاهد من المشهود عليه ، وهذا يتطلب أن يكون سميعاً بـصيراً متكلماً (٧)، فالأعمى لا يميز المدعي من المدعى عليه والمقر من المقر له ، والأصم لا

---

(١) الحطاب، مواهب الجليل،ج٦،ص٨٧.
(٢) البهوتي ،كشاف القناع، ج٦،ص٢٩٥.
(٣) سورة النساء،آية ٥٨.
(٤) ابن حزم ، المحلى ، ج٩،ص٤٣٠.
(٥) الزحيلي ،محمد (٢٠٠٢). التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي،(ط٢).دمشق:دار الفكر، ص٨٩.
(٦) -ابن عابدين ،رد المحتار ، ج٥،ص٣٥٤.
- ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١،ص١٩.
(٧) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١،ص١٩.

يــسمع كــلام الخصمين ، والأخرس لا يمكنه النطق بالحكم ، ولا يفهم جميع الناس إشاراته (١) وأجاز بعض الشافعية ولاية الأعمى للقضاء إلا أنهم بينوا أن الراجح مذهب الجمهور (٢) .

وقول عند الشافعية بجواز تولية الأخرس الذي تفهم إشارته .(٣)

فلا يجوز تولية القاضي ، إلا إذا كان سليم الحواس سميعاً بصيراً ،متكلماً حتى يتمكن من الضبط والتمييز،والجمهور على أن من به عيب من هذه العيوب لا يجوز توليته القضاء (٤)، ولو قُلد لم تكن ولايته صحيحة وتكون أحكامه باطلة مردودة ، إلا أن الشافعية أجازوا ولاية الأعمى،وتولية الأخرس الذي تفهم إشارته ،وعلى هذا تنفذ أحكامه وتصح ولايته عندهم .(٥)

وذهب بعض المالكية إلى نفوذ حكم الأعمى و الأبكم والأصم، إذا ولي القضاء مع وجوب عزله وينفذ ما مضى من أحكامه . (٦)

ونقــل في التبصرة عن القاضي عياض ، أنه لا يُعزل القاضي بطروء خلل في السمع أو الكــلام ، ويعــزل إذا اجتمع عليه آفتا السمع والكلام ، فيبعد أن يقدر على القضاء، مع اجتماع علتين من هذه العلل، مع أنه قلما يوجد أبكم إلا وهو أصم .(٧)

والــراجح أن هذه الحواس تؤثر في الشهادة ، فأثرها في القضاء من باب أولى ؛لأن منصب الــشهادة دون منــصب القــضاء ، والشاهد يشهد في أمور يسيره ، أما القاضي فولايته عامة ، ويحكم في قضايا الناس عامة .(٨)

---

(١) – البهوتي ،كشاف القناع، ج٦،ص٢٩٥.
– ابن قدامة،المغني، ج٩،ص٤١.
(٢) – النووي ، روضة الطالبين ،ج٨،ص٨٤.
– ابن أبي الدم ،أدب القضاء، ص٢٥.
(٣) – ابن أبي الدم ،أدب القضاء، ص٢٧.
(٤) –ابن عابدين ،رد المحتار ، ج٥،ص٣٥٤.
–ابن فرحون تبصرة الحكام ،ج١،ص١٩.
– ابن قدامة،المغني، ج٩،ص٤١.
(٥)وسـيأتي حكـم قـبول شـهادة الأعمـى والأخـرس والأصم في المبحث الخامس بطلان الحكم لخلل في البيـنة ،والقـضاء معتبـر بالـشهادة ،إلا أن الـشاهد يـشهد فـي مسألة معينة أما القاضي فولايته عامة كما تقدم .
(٦) – ابن فرحون، تبصرة الحكام ، ج١،ص١٩.
– الحطاب ، مواهب الجليل ، ج٦،ص٩٩.
– أبو البركات،أحمد الدردير.الشرح الكبير ، ٤م،(تحقيق محمد عليش)،دار الفكر ،بيروت ، ج٤،ص١٣١.
(٧) ابن فرحون،تبصرة الحكام ، ج١،ص١٩.
(٨) ابن قدامة،المغني، ج٩،ص٤٣.

-الفرع الثاني: الشروط المختلف فيها :

- أولاً : الذكورة : اختلف الفقهاء في هذا الشرط على ثلاثة أقوال :

القـــول الأول : أن الذكـــورة شـــرط في القاضي، ولا يجوز للمرأة أن تتولى القضاء، وبه قال الجمهور ، (المالكية والشافعية والحنابلة) .(١)

واستدلوا لذلك بما يلي :

١- أن القاضـــي يحـــضره محافـــل الخـــصوم والرجال ، ويحتاج إلى تمام العقل وكمال الرأي والفطـــنة ، والمرأة ناقصة العقل قليلة الرأي، وليست أهلاً لهذه المجالس ، ولا تقبل شهادتها في الحـــدود ، ولـــو كان مع ألف امرأة مثلها ، وفي الأموال ما لم يكن معها رجل، وقد نبه الله إلى نسيانها فقال :"**أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى** " (٢) . (٣)

٢- لأن المـــرأة ممنوعة من مجالسة الرجال، لما يخاف عليهم من الافتتان بها ،فكلامها قد يكون فتنة،وبعضهن صورتها قد تكون فتنة .(٤)

٣- حـــديث بـــريدة – رضـــي الله عنه – أن النبي– صلى الله عليه وسلم – قال:" القضاة ثلاثة، اثـــنان فـــي النار، وواحد في الجنة، رجلٌ عرف الحق فقضى به فهو في الجنة ، ورجل عرف الحـــق ولم يقض به، وجار في الحكم فهو في النار ، ورجل لم يعرف الحق ،فقضى بين الناس عن جهل فهو في النار" (٥).

وجه الدلالة : قال الشوكاني :" الحديث دليل على اشتراط كون القاضي رجلاً " (٦).

---

(١) -ابن فرحون تبصرة الحكام ،ج١،ص١٨.
- النووي ، روضة الطالبين ، ج٨،ص٨٣.
- الشيرازي ، المهذب ، ج٣،ص٣٧٨.
-النووي ، المجموع ، ج٢٠،ص١٢٦.
- ابن قدامة،المغني، ج٩،ص٤١.
- الشيباني، نيل المآرب ، ج٢،ص٤٤٧.

(٢) -سورة البقرة ،آية٢٨٢ .

(٣) - الشيرازي ، المهذب ، ج٣،ص٣٧٨.
- النووي ، المجموع ، ج٢٠،ص١٢٧.
- ابن قدامة ، المغني ، ج٩،ص٤١.
- البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦،ص٢٩٤.

(٤) -ابن فرحون تبصرة الحكام ،ج١،ص١٨.
- الشيرازي ، المهذب ، ج٣،ص٣٧٨.

(٥) سبق تخريجه ،ص١٦.

(٦)الشوكاني ،محمد بن علي،(ت١٢٥٥ه). نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ،٤م في ٩أجزاء،إدارة البحوث العلمية والإفتاء،الرياض ، ج٩،ص١٧٦.

٤- قوله -صلى الله عليه وسلم- :" لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " (١).

الحديث دليل على عدم تولية المرأة شيئاً من الأحكام العامة بين المسلمين، والقضاء من أرفع الـولايات وأجلهـا ، ويحـتاج إلى كمال الرأي ، ودقة الفهم ورأي المرأة ناقص ،لا سيما في محافل الرجال .(٢)

٥- لـم يـرد عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم -ولا عن خلفائه ولا من بعدهم تولية امرأة القضاء ، ولو جاز ذلك لم يخل منه الزمان .(٣)

٦- لأن من لا ينفذ حكمه في الحدود، لا ينفذ في غير الحدود كالأعمى .(٤)

القول الثاني : القول بصحة قضائها في الأحكام جميعها ،وبه قال ابن جرير والظاهرية واستدلوا لذلك بما يلي :

١- لم يرد دليل في الكتاب أو السنة بحرمان النساء من تولي القضاء ،ولو كان محرماً لما خلت النـصوص عما يفيد التحريم ، وأن قوله – صلى الله عليه وسلم – :" لن يفلح قومٌ ولوا أمرهم امرأة " ، إنما هو في الأمر العام الذي هو الخلافة .(٥)

٢- أن عمـر بن الخطاب ولىَّ امرأة من قومه، وكانت تسمى الشفاء ولاية السوق (٦)، وهي من اختصاص المحتسب،والحسبة من القضاء (٧).

٣- أن الرسـول -صلى الله عليه وسلم- أعطى المرأة الحق في المسؤولية ورعاية غيرها،فقال فـي الحـديث الـذي يـرويه عـبد الله بن عمر ،قال:"سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقـول:" كلكـم راع وكلكـم مسؤول عن رعيته،فالإمام راع ومسؤول عن رعيته،والرجل راع ومـسؤول عـن رعيته ، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسؤولة عن رعيتها،والخادم راع في مال سيده ومسؤول عن رعيته".(٨)

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الفتن ،باب الفتن التي تموج كموج البحر ونصه: "عن أبي بكرة،قال: لقد نفعني الله بكلمة أيام الجمل ،لما بلغ النبي-صلى الله عليه وسلم-أن فارساً ملكوا ابنة كسرى عليهم،قال:**"لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة"**. -البخاري،صحيح البخاري،ج٦،ص٢٦٠٠.
والحديث ذكره الشوكاني في نيل الأوطار ج٩،ص١٦٧ ،والصنعاني في سبل السلام ،ج٤،ص١٤٦٩.

(٢) الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج٩،ص١٧٨.

(٣) ابن قدامة ، المغني ، ج٩،ص٤١.

(٤) الماوردي ،علي بن حبيب،(ت٤٥٠هـ)، أدب القاضي،(تحقيق محيي الدين هلال السرحان)،دار الإرشاد،بغداد، ١٩٧١م، ص٦٢٨.

(٥) ابن حزم المحلى ، ج٩، ص٤٣٠.

(٦) المصدر نفسه ، ج٩،ص ٤٢٩.

(٧) أبو العينين،عبد الفتاح محمد.القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي. مصر: مطبعة الأمانة ، ١٩٨٣م.ص٤٧.

(٨)أخرجه البخاري في كتاب الصلاة،باب الجمعة في القرى والمدن،-البخاري،صحيح البخاري،ج١،ص٣٠٤ ومسلم في كتاب الإمارة باب فضيلة الإمام العادل، وعقوبة الجائر والحث على الرفق.مسلم،صحيح مسلم بشرح النووي،ج١٢،ص٢١٣.

٤- إن المرأة يجوز أن تكون مفتية فيجوز أن تكون قاضية .(١)

القــول الثالث: أنه يجوز للمرأة أن تتولى القضاء، في كل ما يقبل به شهادتها ،فلا تكون قاضية في الحدود والقصاص، وبه قال الحنفية (٢) ،واستدلوا لذلك بأن الذكورة ليست شرطاً في جواز التقلــيد في الجملة ؛لأن المرأة من أهل الشهادة، ولا شهادة لها في الحدود والقصاص، فلا تكون قاضـــية فيها، فأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة(٣) ،وأجابوا على حديث :" لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة "،بحمله على عدم الحِل فيما لو وليت ، وإثم من ولاها فلو قضت المرأة بتحكيم بين خــصمين ، قــضاء مــوافقاً للـــدين ولما أنزل الله أكان ينفذ أم لا ؟ لم يثبت شرعاً سلب المرأة أهليــتها، وليس في الشرع سوى نقصان عقلها، وهذا لا يصل إلى حد سلب ولايتها بالكلية، لذلك صلحت شاهدة وناظرة في الأوقاف، ووصية عن اليتامى ،وهذا النقص منسوب إلى جنس النساء فجــاز في الفرد خلافه ،فنقول الرجل خير من المرأة مع جواز كون بعض أفراد النساء خير من بعض أفراد الرجال، فالحديث يتعرض لمن ولاها ،فإذا قضت بالحق فلماذا تبطل هذا الحق ؟ (٤).

وحكم المرأة إذا وليت القضاء في الحدود والقصاص،إذا أمضاه قاض آخر نافذ لا يجوز إبطاله ، "ولو قضت في الحدود والقصاص،ورفعت إلى قاض آخر،فأمضاه فليس لقاض آخر أن يبطله"(٥)

فعلـــى قـــول جمهـــور الفقهاء الذكورة شرط في صحة القضاء،فإذا اختل هذا الشرط بطلت الولاية،وكانت الأحكام الصادرة عن القاضي إذا كان امرأة باطلة ومردودة .

-والـــراجح :اشـــتراط الذكـــورة لقوة الأدلة التي ذكرها الجمهور، ولصراحة النص الوارد عن النبـــي-صـــلى الله عليه وسلم - بقوله:" لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " ، وضعف الأدلة التي اعتمد عليها الطرف الأخر في مقابلة النص، فقياس القضاء على الشهادة قياس مع الفارق ،فليس كـــل مـــن يـــصلح شـــاهداً يـــصلح قاضياً ، والأثر الذي ورد عن عمر لا يقوى على معارضة النـــصوص التي استدل بها الجمهور، وكون المرأة تكون مفتية فتكون قاضية قياس مع الفارق ، إذ أن الإفتاء لا يتطلب مجالسة الرجال وليس فيه صفة الإلزام . (٦)

---

(١)ابن قدامة،المغني،ج٩،ص٤١.

(٢) -الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٧،ص٣.
- الميرغناني ،الهداية شرح البداية ،ج٦،ص٣٩١.

(٣) -الكاساني ،بدائع الصنائع ، ج٧،ص٣.
-الميرغناني، الهداية شرح البداية ،ج٣،ص١٠٧.

(٤) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج٦،ص٣٩١.

(٥) - ابن نجيم ، النهر الفائق ، ج٣،ص٦٢٤.
-ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٥،ص٤٠٢.

(٦) الحسام الشهيد، شرح أدب القاضي للخصاف،ج١،ص٣١٧.

وخالف الظاهرية وابن جرير،وقالوا بصحة ولاية المرأة للقضاء وبصحة أحكامها ،وأجاز الحنفية تولية المرأة للقضاء في غير الحدود والقصاص ،واعتبروا وأحكامها صحيحة ونافذة .

- سادساً : العدالة :

العدل ضد الجور،ورجل عدل أي مقنع في الشهادة،وهي مصدر وتعديل الشهود أن تقول عنهم عدول.(١) ،والعدالة الاستقامة على طريق الحق باجتناب ما هو محظور في الدين.(٢)

وذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراط العدالة في تولية القضاء،وأن الفاسق ليس أهلاً للقضاء.(٣)

واستدلوا لذلك بما يلي :

١-قوله تعالى : **"يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ، أن تصيبوا قوماً بجهالة، فتصبحوا على ما فعلتم نادمين " (٤).**

-**وجه الدلالة :** قال الماوردي :" منع من قبول قوله ، فكان أولى أن يمنع من نفوذ قوله "(٥).

والله أمر بالتبين عند قول الفاسق ، فكيف يكون قاضياً من لا يقبل قوله، وإذا كان يجب التحقق والتثبت عند قوله ،فكيف الحال بحكمه ؟ (٦) .

٢-لأن الفاسق لا يصلح أن يكون شاهداً،فالعدالة شرط في الشهادة،فأولى أن تكون شرطاً في القضاء.(٧)

وذهب الحنفية وبعض المالكية إلى أن العدالة ليست شرطاً في تولية القضاء ، وأنه إذا ولي الفاسق القضاء ، تصح ولايته وينفذ قضاؤه ، إذا كان موافقاً للحق والشرع . (٨)

---

(١) الرازي، مختار الصحاح ، ص٤١٧.
(٢) الجرجاني ، التعريفات ، ص١٤٧.
(٣) -ابن فرحون تبصرة الحكام ،ج١،ص١٨.
- الحطاب، مواهب الجليل،ج٦،ص٨٨.
- النووي ، روضة الطالبين ، ج٨،ص٨٤.
- النووي ، المجموع ، ج٢٠،ص١٢٦.
- الماوردي ، أدب القاضي، ص٦٣٤.
- ابن قدامة ، المغني ، ج٩،ص٤٢.
(٤) سورة الحجرات ،آية٦.
(٥) الماوردي ، أدب القاضي، ص٦٣٥.
(٦) ابن قدامة ، المغني ، ج٩،ص٤٢.
(٧) -ابن فرحون تبصرة الحكام ،ج١،ص١٨.
- الماوردي ، أدب القاضي، ص٦٣٥.
- ابن قدامة ، المغني ، ج٩،ص٤٢.
(٨) -ابن نجيم ، عمر بن إبراهيم ، (ت١٠٠٥ه). النهر الفائق شرح كنز الدقائق ,ط١،(تحقيق أحمد عنايه)، دار الكتب العلمية ، بيروت ،٢٠٠٢م، ج٣،ص٥٩٧.
- الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٧،ص٣.
-ابن فرحون تبصرة الحكام ،ج١،ص١٨.
- الماوردي ، أدب القاضي، ص٦٣٤.
- ابن قدامة ، المغني ، ج٩،ص٤٢.

واستدلوا لذلك بما يلي :

١- قـوله -صلى الله عليه وسلم - :"سيكون عليكم أمراء يؤخرون الصلاة عن أوقاتها، فصلوها لوقتها ، واجعلوا صلاتكم معهم سبحة" (١) .

- وجـه الدلالـة : أن تأخير الصلاة فسق ، ومع ذلك فالأمة مأمورة بطاعتهم والصلاة خلفهم ، وهذا دليل على صحة توليتهم .

٢- أن الفاسـق أهـل للقـضاء كما هو أهل للشهادة ، و أهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة ، والفاسق أهل للشهادة فيكون أهلاً للقضاء ، فيجوز تقليد الفاسق وتنفيذ أحكامه ، إذا لم يجاوز فيها حد الشرع .(٢)

وعلـى قـول جمهور الفقهاء أن العدالة شرط في صحة تولية القضاء ، إذا تولى الفاسق القـضاء بطلت ولايته وردت أحكامه،وعلى قول الحنفية الفاسق أهل للقضاء ،وولايته صحيحة وأحكامه نافذة ،ما دامت موافقة لأحكام الشرع ، فالعدالة ليست شرطاً في صحة تولية القضاء بل هي شرط كمال ، وتخلفها ليس سبباً في بطلان ولاية القضاء .

أما إذا طرأ الفسق عليه بعد صحة ولايته ،فعند الجمهور تبطل ولايته ،وذهب بعض المالكية إلـى أن القاضي لا يُعزل إذا طرأ عليه الفسق بعد ولايته ، ولهم قول آخر موافق للجمهور .(٣)

- **الـراجح :** قـول الجمهـور بأنه لا يجوز تولية الفاسق ، لما تقدم من أدلة ويجاب على أدلة المخالفـين ،بـأن الحديث الذي استدلوا به أخبر بوقوع أمراء فساق لا بمشروعية ذلك ، ومحل النـزاع صـحة التولية لا في وجودها ،ويجاب على قياس القضاء على الشهادة ، بأن الفاسق لا تقـبل شـهادته ، فمـن شروط الشاهد العدالة حتى يتبين الحق بشهادته ، على أنه يجوز تولية الفاسـق للقـضاء مـن باب الضرورة،لئلا تتعطل مصالح الناس، فإذا عين الفاسق في منصب القـضاء في حالة عدم وجود العدل ، فولايته جائزة للضرورة، وأحكامه نافذة ،فالضرورات تبيح المحظورات ، ونصب القضاء من ألزم الضرورات .

---

(١) ذكـره ابـن قدامة في المغني،ج٩،ص٤٢.وأخرجه مسلم في كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب كراهة تأخيـر الـصلاة عن وقتها المختار،ونصه:"عن أبي ذر قال:"قال رسول الله-صلى الله عليه وسلم-"كيف أنت إذا كانـت علـيك أمراء يؤخرون الصلاة عن وقتها، أو يميتون الصلاة عن وقتها،قال:قلت فما تأمروني، قال:"صل الصلاة لوقتها ،فإن أدركتها معهم فصل ، فإنها لك نافلة"مسلم،صحيح مسلم بشرح النووي،ج٥،ص١٤٧.

(٢) - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٧،ص٣.

- ابن نجيم ، النهر الفائق في شرح كنز الدقائق ، ج٣،ص٥٩٧.

(٣) ابن فرحون، تبصرة الحكام ، ج١،ص٦٢.

أمـــا عند الحنفية فبما أنهم لم يشترطوا العدالة ابتداء لم يشترطوها دواماً ، وما قضاه في حال الفسق نافذ .(١)

وإذا تولــى القضاء برشوة ، فولايته باطلة وقضاؤه مردود، وإن كان قد حكم بحق(٢)، جاء في التبصرة :" من تقبل القضاء بقباله وأعطى عليه رشوة، فولايته باطلة وقضاؤه مردود، وإن كان قد حكم بحق" .(٣)

والرشـــوة أربعـــة أقســـام منها ما هو حرام على الآخذ والمعطي،وهو الرشوة على تقليد القضاء والإمارة .(٤)

و لـــو بـــذل مـــالاً ليتولى ، فقضاؤه حرام ومردود ،وقيل بالتفصيل بأنه إن تعين عليه القضـــاء ، أو كـــان ممـــن يستحب له، فله بذل المال والآخذ ظالم بالأخذ وأما إذا لم يتعين عليه القضاء فبذل المال في طلبه القضاء فقضاؤه باطل، وأما إذا بذل المال لعزل قاضٍ ليتولى مكانه، فتوليـــته باطلـــة والمعزول على قضائه؛ لأن العزل بالرشوة حرام ،وتولية الراشي حرام ،إلا إذا كـــان هناك فتن،فضرورة لا بد من تنفيذ العزل والتولية جميعاً كالبغاة.(٥) ،ويحرم على القاضي قبول الرشوة إجماعاً سواء كان القضاء بحق أو بباطل أو تعجيلاً لقضاء بحق أو باطل.(٦)

لقوله تعالى "**ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل** "(٧).

وجه الدلالة: أن الرشوة أكل لأموال الناس بالباطل.

كمـــا أن الدافع إنما دفع الرشوة لأحد أمرين :إما لينال به حقاً ،أو لينال به ما ليس بحق،ولا يحـــل الأول ؛لأن المدفـــوع فـــي مقابلة أمر واجب على الحاكم ،فإذا امتنع عنه إلا بمقابل كان حراماً،وإن كان لينال به ما ليس له بحق فذلك أقبح وأشد تحريماً .(٨)

---

(١) – الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٧،ص٣.
– ابن نجيم ، النهر الفائق في شرح كنز الدقائق ، ج٣،ص٥٩٧.
(٢) –ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٥،ص٣٦٢.
–الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف ،ص٨٥.
–ابن فرحون، تبصرة الحكام ، ج١،ص ١٠.
–الدسوقي،حاشية الدسوقي،،ج٤،ص ١٣١.
–النووي،روضة الطالبين،ج٨،ص٨٢.
(٣)ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص١٠.
(٤) ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٥،ص٣٦٢. / والثاني ارتشاء القاضي ليحكم وهو كذلك حرام، والثالث أخذ المال ليسوي أمره عند السلطان دفعاً لضرر أو جلباً لنفع وهو حرام،والرابع ما يدفع لدفع الخوف من المدفوع إليه على نفسه وماله حلال للدافع حرام على الآخذ .
(٥)النووي ، روضة الطالبين ،ج٨،ص٨٢.
(٦)–الصنعاني،سبل السلام،ج٤،ص١٤٧١.
–النووي،المجموع،ج٢٠،ص١٥٠.
–البيجوري،حاشية البيجوري،ج٢،ص٦٢٧.
(٧)سورة البقرة،آية١٨٨.
(٨)ابن دقيق العيد،إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام،ج٤،ص١٧٨.

وحـديث أبـي هريرة –رضي الله عنه –قال :قال رسول الله –صلى الله عليه وسلم–:"لعنة الله على الراشي والمرتشي في الحكم "(١).

ودفـع الرشوة إذا جعل لدفع ضرر الظالم حلالٌ على الدافع ،حرام على الآخذ إذا كان في ذلك حماية لنفسه وعرضه،ودفع بعض المال وقاية لسائر الأموال .فالأموال لذلك تراد . (٢)

أمـا إذا كانـت الرشـوة لأمر يتعلق بصدور حكم لصالح الراشي ،فقد اختلف الحنفية فيه إلى ثلاثة أقوال :

– **الأول:**أن أحكامـه صحيحة ونافذة ، سواء كانت الرشوة قبل القضاء أو بعده، وسواء كانت له أو لـولده ، ولمـن لا تقبل له شهادته أو أعوانه وعلم بها (٣) ، ولا ينعزل (٤)؛ لأن حاصل أمر الرشوة ،فيما إذا قضى بحق إيجاب فسقه، والفسق لا يوجب العزل ، وقضاؤه نافذ ، والفسق غير مؤثر فيبقى الحكم نافذاً .

– **الثاني :** أن قضاءه لا ينفذ فيما ارتشى فيه ، أما في غير ما ارتشى فيه من الأحكام، فأحكامه صحيحة ونافذة ،واختاره السرخسي ورجحه ابن عابدين وابن نجيم .(٥)

فالقاضـي إذا ارتـشى فهو عامل لنفسه أو ولده ، وهذا الفسق مؤثر في الحكم، فكأنه حكم لنفسه ، وحكم القاضي لنفسه باطل.

– **الثالث :** أن أحكامه غير صحيحة وغير نافذة في الحكم الذي ارتشى فيه وفي غيره فأحكامه كلها باطلة(٦).

---

(١) البيهقي ،السنن الكبرى،ج١٠،ص١٣٨ .
وأخرجه الحاكم في المستدرك ،ج٤،ص١٠٢.
وصـححه الألبانـي في الإرواء ، الألباني ،محمد ناصر الدين ،(١٩٧٩). إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ،(ط١) . بيروت:المكتب الإسلامي ،ج٨،ص٢٤٣.
(٢)–الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي ،ص٨٤.
–ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٢٣.
–البهوتي،كشاف القناع،ج٦،ص٣١٦.
(٣) – ابن نجيم ،النهر الفائق ، ج٣،ص٥٩٧.
– ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٥،ص٣٦٣.
(٤) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٧،ص١٦.
(٥) – ابن نجيم ،النهر الفائق في شرح كنز الدقائق ، ج٣،ص٥٩٧.
– ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٥،ص٣٦٣.
(٦) – ابن نجيم ،النهر الفائق ، ج٣،ص٥٩٧.
–ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٥،ص٣٦٣.

لأنـــه حــين ولاه اعتمد على عدالته فكانت الولاية مقيدة بالعدالة، فإذا زالت بطلت ولايته ، سواء فيما ارتشى أم لم يرتش (١).

وهذا خاص بالحنفية لأن العدالة ليست شرطا في أهلية القضاء ،والرشوة تستوجب الفسق فيبطل قــضاؤه فــيما ارتــشى فيه ، أما الأحكام التي لم يدخل عليها الرشوة فتبقى على الأصل ، وهذا أصــلح في استقرار الأحكام ، قال ابن عابدين :" وينبغي اعتماده – أي القول الثاني – للضرورة فــي هذا الزمان ، وإلا بطلت جميع القضايا الواقعة الآن ؛ لأنه لا تخلو قضية عن أخذ القاضي الرشــوة المسماه المحصول بعد الحكم أو قبله، فيلزم تعطيل الأحكام، وقد مر عن صاحب النهر في ترجيح أن الفاسق أهل للقضاء ، إذ لو اعتبرت العدالة لا نسد باب القضاء"(٢) .

بل نقل ابن عابدين عن البزدوي أنه متحير في هذه المسألة ،وأنه لو أفتى بالبطلان لأبطل جميع الأحكــام ، حتى قال البزدوي في الترجيح : " أنا متحير في هذه المسألة لا أقدر أن أقول بتنفيذ أحكــامهم لما أرى من التخليط والجهل والجرأة فيهم، و لا أقدر أن أقول لا تنفذ؛ لأن أهل زماننا كــذلك ، فلــو أفتيت بالبطلان لأدى إلى إبطال الأحكام جميعا، يحكم الله بيننا وبين قضاة زماننا، أفسدوا علينا ديننا وشريعة نبينا –صلى الله عليه وسلم ".(٣)

وعلق على ذلك ابن عابدين بقوله :" هذا في قضاة ذلك الزمان ، فما بالك في قضاة زماننا، فإنهم زادوا على من قبلهم باعتقادهم حل ما يأخذونه من المحصول ،بزعمهم الفاسد أن السلطان يأذن لهم بذلك "(٤).

ولا يأتــي زمــان إلا ومــا بعده شر منه ، ولكن لا أدعي أني مطلع على حال القضاة جمــيعا فــي زمانــنا ، إلا أنّي أعرف بأن الدولة قد رفعت مخصصات و رواتب القضاة لدرجة تجعــل القاضــي يتــرّفع عن الرشوة ،وقد خالطت قضاة المحاكم الشرعية كزملاء لي في قسم القــضاء الــشرعيّ، وهــم على درجة من العلم والأمانة ، أجزم فيها بأنهم يترفعون عن ذلك ، والــصورة فــي زمانــنا والله تعالــى أعلــم ، أفضل من الفترة التي تحدّث عنها البزدوي وابن عابدين ، والخير في الأمة إلى يوم القيامة ، وإن كان في القضاة من يتعامل بالرشوة فنشكوه إلى الله كمــا فعل من قبلنا ، ونسأل الله عز و جلّ أن يحمي قضاءنا وقضاتنا من هذه النوعية، سيّما مــع عــدم حاجــتهم لــذلك، مــع مــا خــصص لهــم من أموال ورواتب تغنيهم عن ذلك . **والراجح** أن القاضي الذي يقبل الرشوة أحكامه باطلة ومردودة ؛لأن أقل ما يقال في الرشوة أنها

(١)– ابن نجيم ،النهر الفائق في شرح كنز الدقائق، ج٣،ص٥٩٧.
– ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٥،ص٣٦٣.
(٢)ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٥،ص٣٦٣.
(٣) المصدر نفسه ، ج٥،ص٣٦٣.
(٤) المصدر نفسه،ج٥،ص٣٦٣.

فسق ،وقد رجحنا اشتراط العدالة في القاضي ،فمن نصب لإحقاق الحق لا يكون سبباً في تضييعه .

- **سابعاً : الاجتهاد :** من جهد في الأمر ، طلبه حتى وصل إلى الغاية فيه ، والجهد الوسع والطاقة ، والمجتهد الفقيه المستفرغ وسعه في تحصيل الحكم الشرعي .(١)

واصطلاحاً : استفراغ الفقيه الوسع ليحصل له ظن بحكم شرعي .(٢)

والمراد بالاجتهاد كما فصله بعض العلماء كابن قدامة والصنعاني بأنه المعرفة بستة أشياء :

١- **الكتاب :** ويعرف منه الخاص والعام، والمطلق والمقيد، والمجمل والمفسر ،والمحكم والمتشابه، والناسخ والمنسوخ ،وآيات الأحكام ونحو ذلك .

٢- **السنة :** ويعرف منها ما يعرف من الكتاب، ويزيد معرفة المتواتر والآحاد ، والمرسل والمفصل، والمسند والمنقطع ، والصحيح والضعيف .

٣- **الإجماع :** معرفه ما أجمع عليه وما اختلف فيه ؛ حتى لا يكون اجتهاده في موضع إجماع.

٤- **القياس :** شروطه وأنواعه وكيفية استنباط الأحكام .

٥- **اللغة :** اللغة ولسان العرب ، وما يحتاجه من علوم تخدم في استنباط الأحكام، كالأمر والنهي،والوعد والوعيد، والنداء وأقسام الأفعال والحروف،وما لا بد منه في فهم الكتاب والسنة .

٦- **أقوال الصحابة :** أقوال الصحابة والتابعين في الأحكام ومعظم فتاوى فقهاء الأمة؛ حتى لا يكون حكمه مخالفاً فيأمن خرق الإجماع (٣) .

واختلف العلماء في اشتراط الاجتهاد على ثلاثة أقوال :

القول الأول : يشترط فيمن يتولى القضاء أن يكون مجتهداً، فغير المجتهد ليس أهلاً لتولي القضاء ، وإذا ولي غير المجتهد القضاء فولايته باطلة ،إلا أنه يجوز أن يتولى غير المجتهد القضاء ،عند عدم وجود المجتهد ضرورة ،حتى لا تتعطل الأحكام ويقع الهرج والفتن والنزاع ، وهذا لا سبيل إليه في الشرع ، وبه قال المالكية والحنابلة .(٤)

---

(١) إبراهيم أنيس وآخرون ، المعجم الوسيط ،ج١،ص١٤٢.
(٢) الجرجاني ، التعريفات ، ص١٠.
(٣) - ابن قدامة ، المغني ، ج٩،ص٤٢.
-الصنعاني ، سبل السلام ، ج٤،ص١٤٧٨.
- ابن أبي الدم ،أدب القضاء، ص٢٧.
- النووي ، روضة الطالبين ، ج٨،ص٨٣.
- البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٣،ص٤٩٣.
- ابن مفلح ، المبدع ، ج١٠،ص٢١.
(٤) -ابن فرحون تبصرة الحكام ،ج١،ص١٨.
- البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦،ص٢٩٦.
- البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٣،ص٤٩٢.

-**أدلتهم :**

١- أن رتـبة الاجـتهاد قد تندر في بعض الأزمنة أو تُعدم، ونصب القضاء ضرورة ، فإذا لم تعـين مقلـداً تعطلـت الأحكـام ، وحلت النزاعات وشاعت الخصومات ، وهذا لا سبيل له في الشرع ، حتى أن ابن فرحون وصف رتبة الاجتهاد في عهده في المغرب فقال :" ورتبة الاجتهاد فإنها في المغرب معدومة " (١) ،فكيف في أيامنا؟

٢- أن شـروط القضاء تعتبر حسب الإمكان، ويجب تولية الأمثل فالأمثل ، فيولى أعدل المقلدين وأعرفهم ، وإلا لتعطلت الأحكام واختل النظام .(٢)

- **القـول الثاني :** يشترط فيمن يتولى القضاء أن يكون مجتهداً ،ولا يجوز تولية المقلد القضاء فـي أي حـال من الأحوال ، فالمقلد ليس أهلاً للقضاء ولا يصلح له ، وإذا كان المقلد لا يصلح فالجاهل من باب أولى ،وبه قال الشافعية والظاهرية .(٣)

-**أدلتهم :**

١- حـديث القـضاة ثلاثـة وفيه" ورجل لم يعرف الحق ،فقضى بين الناس عن جهل، فهو في النار".(٤)

- **وجه الدلالة :** لا يجوز لغير المجتهد أن يتقلد القضاء ولا يجوز للإمام توليته .(٥)

٢- لأن غيـر المجتهد وغير العالم بالأحكام الشرعية اعتمد على اجتهاد غيره ، فلا يدري أحكم بحـق أم بـباطل ، والله عـز وجل يقول :" **ولا تقف ما ليس لك به علم ، إن السمع والبصر والفـؤاد ، كـل أولئك كان عنه مسؤولاً** " (٦).فمن أخذ بما لا يعلم، فقد قفى ما لا علم له به ، وعصى الله عز وجل .

٣- أن الله لا يكلـف مـن لا يـدري أن يحكم بين غيره من الناس بما لا يعلم ، بل محرم عليه ذلك ، ومكلف به سواه من أهل العلم .(٧)

---

(١)ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص١٨.
(٢) البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦،ص٢٩٦.
(٣) - ابن أبي الدم ،أدب القضاء، ص٢٧.
- ابن حزم،المحلى،ج٩،ص٣٦٣.
(٤) سبق تخريجه،ص١٦ .
(٥) الصنعاني ، سبل السلام ، ج٤،ص١٤٥٧.
(٦) سورة الإسراء ،آية٣٥.
(٧) ابن حزم،المحلى،ج٩،ص٣٦٣.

القــول الثالــث: أن شــرط الاجتهاد في القضاء ليس شرط صحة ، وإنما شرط أولوية وفضيلة وكمــال ،وبــه قال الحنفية ؛لأن القضاء الحكم بالحق ،وقد يستطيع المقلد والجاهل العمل باجتهاد غيره ، ويصل إلى الحق.(١)

- **الــراجح :** القول الأول أن الأصل في القاضي أن يكون من أهل الاجتهاد ،فإذا لم يتوفر فــلا نعطــل مصالح الناس بترك نصب القضاء ، ويعين غير المجتهد قاضياً من باب الضرورة، وكمــا تقــدم أن هذه الشروط بحسب الإمكان ، ولا بد من نصب القضاء ،أما إن عاد الزمان إلى انتشــار المجتهديــن والعلمــاء - وليس ذلك على الله ببعيد - نعود إلى الحكم الأصل باشتراط الاجــتهاد فــي القاضــي ، وما استدل به المخالفون من أن المقلد لا يدري أحكم بحق أم بباطل **فــيجاب علــيه** بأنه يختار من أقوال الفقهاء من يرضى بدينه وأمانته ، ويُختار الأفضل من بين المتقدمين لهذا المنصب العظيم.

فعلــى قــول المالكــية والحــنابلة أن الاجتهاد شرط في تولية القضاء ، فإذا ولي غــير المجــتهد القضاء، فولايته باطلة وأحكامه مردودة ، على أنه يجوز أن يتولى غير المجتهد القضاء ،عند عدم وجود المجتهد ضرورة، لكي لا تتعطل الأحكام وتقع بين الناس الفتن(٢) .

أمــا الشــافعية والظاهرية ، فتولية غير المجتهد القضاء باطلة وأحكامه مردودة ، سواء كان جــاهلاً أم مقلداً ، وخالف الحنفية وقالوا : أن تولية المقلد صحيحة وأحكامه نافذة ويعمل باجتهاد غيره (٣) .

ففقدان الشروط الواجب توافرها في القاضي ابتداءً سبب في بطلان الأحكام ،وما يمنع القضاء ابتداءً يمنعه دواماً.

---

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٧،ص٣.
(٢) -ابن فرحون تبصرة الحكام ،ج١،ص١٨.
- البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦،ص٢٩٦.
- البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٣،ص٤٩٢
(٣)- الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٧،ص٣.
- ابن أبي الدم ،أدب القضاء، ص٢٧
- ابن حزم،المحلى،ج٩،ص٣٦٣.

- الفرع الثالث : انعدام الولاية أو بطلانها :

إن المتولـي لمنصب القضاء يجب أن يتوفر فيه الشروط المتقدمة،والقاضي مع هذه الشروط يكون أهلاً للقضاء ، ومع فقدها لا يكون أهلاً لهذا المنصب ، وقد يكون القاضي ليس أهلاً لولاية القضاء ابتداءً ، وهذا هو انعدام الولاية ، وقد يكون أهلاً للقضاء ، ويطرأ عليه طارئ يزيل هذه الأهلية ، فإذا دخل على القاضي أو طرأ عليه ما يخرجه عن الأهلية أصبحت ولايته للقضاء باطلة ، وهذا هو المقصود ببطلان الولاية ،والمعتمد في ذلك عند فقهاء الأمة أن ما يمنع ولاية القضاء ابتداءً يمنعها دواماً ، **ومن نصوصهم في ذلك :**

١- " ولو أن قاضياً قضى بين الناس زماناً، ثمَّ عُلِمَ أنه ممن لا يجوز قضاؤه عبداً كان أو ذمياً أو محدوداً في قذفٍ أو أعمى أو فاسقاً أو مرتشٍ في الحكم منذ وُليَّ، فإن قضاءه يرد ولا ينفذ منه شيءٌ ، وإن وُلّيَ القضاء وهو مأمون عفيف، وقضى قضايا وأنفذ أحكاماً، ثم فسق بعد ذلك أو عمي أو صار إلى حال لا تنفذ أحكامه، فحكم بعد هذه الحال بأحكام فإنه ترد أحكامه التي حكم بها بعد أن صار إلى هذه الحال ، وما حكم به قبل ذلك فإنه ينفذ ويجوز ".(١)

٢- " وشروط القضاء التي لا يتم القضاء إلا بها ، ولا تنعقد الولاية ولا يستدام عقدها إلا معها". (٢)

٣- " فلو صحت ولاية الحاكم العدل ثم طرأ عليه الفسق بعد صحة ولايته ، إن طرأ فسقه بأفعال يتبع بها شهوته بطلت ولايته ".(٣)

٤- " وما يمنع التولية ابتداءً ، كالجنون والفسق والصمم والعمى يمنعها دواماً، فينعزل إذا طرأ عليه شيء من هذه وغيرها لفقد شرط التولية "(٤)

فالنصوص السابقة تدل على أن بطلان الأهلية للقضاء يبطل التولية كانعدامها ، والشروط المتقدمة للقاضي ،إذا تخلف منها شرط أصبح الحكم الصادر عن هذا الشخص حكماً باطلاً؛ لأنه يلزم من انعدام الشرط انعدام الحكم .

وكما تقدم فإن بعض الشروط مختلف فيها، فإذا اختل شرط من هذه الشروط بطل الحكم عند من يقول باعتبار الشرط ،وصح ونفذ عند من لا يقول باعتباره ولزومه .

---

(١) الحسام الشهيد ،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٣١٥.
(٢) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١،ص١٨.
(٣) ابن أبي الدم ، أدب القضاء ،ص٢٤.
(٤) - البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦،ص٢٩٧.
- البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٣،ص٤٩٣.

والـذي يـتولى تعييـن القاضي هو الإمام ؛لأن فصل الخصومات وحل النزاعات منوط به أصلاً، فله الحق في تكليف غيره بهذه المهمة ،ضمن الأسس والشروط المعتبرة في الشرع، ولا فرق في صحة التولية بين أن يكون الحاكم أو السلطان عالماً أو جاهلاً ، عادلاً أو جائراً .

" ويجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل " (١) ٠

ولا تشـترط عدالة المولي –بكسر اللام – ولو كان نائباً للإمام ؛ لأن ولاية الإمام الكبرى تصح مـن كـل بـر وفاجر ، وتصح ولايته كالعدل ؛ولأنها لو اعتبرت في المولي أفضى إلى تعذرها بالكلية في بعض الأحوال .(٢)

ولا تثبت ولاية القضاء إلا بتولية الإمام أو نائبه؛ لأن ولاية القضاء من المصالح العامة، فلـم تجـز إلا من جهة الإمام كعقد الذمة؛ ولأن الإمام صاحب الأمر والنهي ، وطاعته واجبة وهو مسموع الكلمة . (٣)

والعبارة المعتمدة في تعيين القاضي نوعان :

١- الصريحة : مثل وليتك (٤) ، أو قلدتك القضاء ،أو فوضت إليك القضاء (٥)، أو استنبتك في الحكم أو استخلفتك في الحكم ،أو رددت إليك الحكم، أو جعلت إليك الحكم ،وهذه الألفاظ جميعها تـنعقد بهـا الولايـة؛لأنها ألفاظ صريحة تدل على ولاية القضاء دلالة لا تفتقر معها إلى شيء آخر .(٦)

٢- الكنائـية : عولـت عليك ، أو اعتمدت عليك أو وكلت إليك ،وهذه ألفاظ كنائية لا تدل على تولـية القضـاء،حتى تقـترن بها قرينة نحو فاحكم أو تولّ وما أشبهه؛ لأنها ألفاظ تحتمل التولية وغيرها، فلا تنصرف إليها إلا بقرينة تنفي الاحتمال .(٧)

وهـذه العبارات والألفاظ شرط في صحة تولية القاضي ، فإما أن يعين القاضي بلفظ صريح أو لفظ كناني تصحبه قرينة تدل على أن المراد بهذا اللفظ التولية للقضاء.

---

(١) الميرغيناني ، أبو الحسن علي بن عبد الجليل ،(ت٥٩٣هـ). الهداية شرح بداية المبتدي ، ٨م، مطبوع مع شرح فتح القدير لابن الهمام ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ،ج٦، ص٣٦٤.
– ابن نجيم ، النهر الفائق في شرح كنز الدقائق ، ٦٠٣/٣.
(٢) البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦،ص٢٨٩.
(٣) المصدر نفسه ،ج٦،ص٢٨٨.
(٤) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١،ص١٦.
(٥) –ابن حجر الهيثمي ، تحفة المحتاج ، ج٤،ص٣٤٢.
(٦) – البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦،ص٢٨٩.
– ابن مفلح ، المبدع ،ج١٠، ص٩.
(٧) –ابن حجر الهيثمي ، تحفة المحتاج ، ج٤،ص٣٤٢.
– البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦،ص٢٨٩.
– ابن مفلح ، المبدع ،ج١٠، ص٩.

أمـــا فـــي القانـــون فاشـــترطوا فـــيمن يتولـــى منـــصب القـــضاء شـــروطا تتعلق بالجنـــسية والأهلـــية والـــسن ،والشهادة الجامعية الأولى ،وأن لا يكون محكوما عليه لأمر مخل بالـــشرف ،محمـــود السيرة حسن السمعة ، ذا كفاءة علمية وخلقية تؤهله للعمل في القضاء ،وأن يخـــضع لمسابقة قضائية ،وهذا ما جاء في المادة الثالثة من قانون تشكيل المحاكم الشرعية لسنة ١٩٧٢ المنشور برقم ٢٣٥٧ من الجريدة الرسمية .(١) فالشريعة اشترطت في القاضي أن يكون مسلماً والقانون لم يشترط هذا الشرط ،واكتفى بالجنسية ،كما لم يشترط الذكورة ،ولم يمنع المرأة مـــن تولـــي القضاء، وبالنسبة للكفاءة العلمية فاكتفى بالشهادة الجامعية الأولى ،و بالنسبة للعدالة اشترط ألا يكون محكوماً لأمر مخل بالشرف وأن يكون محمود السيرة حسن السمعة .

(١) الظاهر ،التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ،ص٢٦.

- المطلب الثاني : حكم القاضي وهو مشوش الفكر :

الحكـم بين الناس أمانة عظيمة ومسؤولية جسيمة ، فالحكم الذي يصدره القاضي بالدعوى المـرفوعة إلـيه، يفصل الخصومة ويقطع النزاع ، ويحدد المحق من المبطل ومن الذي يستحق المدعى به .

وهـذا يتطلب أن يكون القاضي صافي الفكر ، نابه العقل ، خالياً مما يشغل قلبه أو فكره أو مما قد يؤثر على الحكم ، كالغضب وغلبة النعاس والمرض الشديد، لما لها من أثر على صفاء الذهن وانشغال الفكر، ولضمان حكم عادل نهى النبي -صلى الله عليه وسلم- عن قضاء القاضي وهو غضبان ، في الحديث الذي يرويه عبد الرحمن بن أبي بكر - رضي الله عنهما - أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال :" لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان " (١) .

والغضـب لغـة من غضب، و الغضب نقيض الرضا ، وقد غضب عليه غضبا و مغضبة، و غضـب له غضـب علـى غيره من أجله، وقوله تعالى " غير المغضوب عليهم "(٢) يعني الـيهود،قال ابن عرفة:الغضب من المخلوقين شيء يداخل قلوبهم ، ومنه محمود ومنه ومذموم، فـالمذموم مـا كان في غير الحق ، والمحمود ما كان في جانب الدين والحق ، وأما غضب الله فهو إنكاره على من عصاه فيعاقبه، ورجل غضب و غضوب،وامرأة غضوب أي عبوس (٣).

" والغضب تغيير يحصل عند غليان دم القلب، ليحصل عنه التشفي للصدر " (٤) .

والغضب حالة تعتري الإنسان ،تخرجه عن طبعه واعتداله وسداد رأيه واستقامة حاله(٥).

-تحرير محل النزاع :نص الحديث ينهى عن القضاء في حالة الغضب ، فهل هذا النهي يقتضي الفساد ؟ وإذا أصدر القاضي حكماً وهو غضبان، فهل الغضب يقتضي بطلان الحكم الصادر من القاضي في حالة غضب ؟ هذا موضع خلاف .

وهـل النهي عن القضاء في حالة الغضب يقتصر على حالة الغضب فقط ، أم أن ما يشوش الفكـر يدخل في النهي الوارد في النص ، فهل النهي لذات الغضب أو لما يترتب عليه من أثر ،

---

(١) - البخاري ، صحيح البخاري ، ج٦،ص٢٦١٦، كتاب الأحكام ، باب هل يقضي القاضي أو يفتي وهو غضبان .
- مسلم ، صحيح مسلم بشرح النووي ، ج١٢،ص١٥، باب كراهية قضاء القاضي وهو غضبان .
(٢) سورة الفاتحة .
(٣)ابن منظور ، لسان العرب ، ج١،ص٦٤٨.
(٤) الجرجاني ، التعريفات ، ص ١٦٢.
(٥)وهذا من كلام ابن دقيق العيد حيث قال:"المنع من القضاء حالة الغضب وذلك لما يحصل للنفس بسببه من التشويش الموجب لاختلال النظر وعدم استيفائه على الوجه".
-ابن دقيق العيد،إحكام الأحكام شرح عمدة الاحكام ،ج٤،ص١٦٨.
ونقله عن ابن حجر في فتح الباري وبدأ به في شرحه للحديث.
-ابن حجر،فتح الباري،ج١٣،ص١٣٦.

على نفس القاضي وفكره ، وبالتالي على حكمه ؟ وهذا لا خلاف فيه بأن النهي عن الغضب لعلة مفهومـــة ومعقولة ، وهي إبعاد الحكم القضائي عن كل ما قد يؤثر على صدوره صحيحا ، وذلك بانشـــغال فكر القاضي ، وقد تكون هذه العلة في غير الغضب أقوى من الغضب ، وعليه فكل ما يجـــتمع مع الغضب في التأثير على القاضي يدخل معه في الحكم ،كالجوع والعطش المفرطين ، وغلـــبة النعاس والضجر والشبع المفرط والبرد الشديد والحر الشديد ومدافعة الأخبثين ،والحزن والفزع المفرطين والألم والوجع المزعج (١)،ومن نصوص الفقهاء الدالة على ذلك :

-" وينبغـــي أن لا يقضي وهو غضبان ، أو فرحان أو جائع أو عطشان أو مهموم ، أو ناعس أو فـــي حـــال برد شديد أو حر ، أو وهو يدافع الأخبثين، أو به حاجة إلى الجماع ،والحاصل أنه لا يقضي على حال شغل قلبه ، وأصله حديث لا يقضي القاضي وهو غضبان ". (٢)

-" أن لا يجلـــس القاضي على حال تشويش، من جوع أو شبع أو غضب أو هم ؛ لأن الغضب يســـرع مـــع الجوع ،والفهم ينطفئ مع الشبع ، والقلب يشتغل مع الهم ، فمن عرض له ذلك ،لم يجلس للقضاء ، وإن عرض له في المجلس انصرف ". (٣)

-"ولا يقضـــي في حال الغضب، ولا في حال الجوع والعطش ولا في حال الحزن والفرح ، ولا يقضي والنعاس يغلبه، ولا يقضي والمرض يقلقه، ولا يقضي وهو يدافع الأخبثين،ولا يقضي في حرٍّ مزعج ولا في بردٍ مؤلم ".(٤)

-"وفي معنى الغضب كل ما شغل فكره ،من الجوع المفرط والعطش الشديد، والوجع المزعج ، ومدافعـــة أحـــد الأخبثين، وشدة النعاس ،والهم والغم ، والحزن والفرح، فهذه كلها تمنع الحاكم ؛ لأنها تمنع حضور القلب ، واستيفاء الفكر ،الذي يتوصل به إلى إصابة الحق في الغالب فهي في معنى الغضب ،المنصوص عليه فتجري مجراه ".(٥)

---

(١) -العبدري، محمد بن يوسف بن أبي القاسم أبو عبد الله ،(ت٨٩٧). التاج والإكليل لمختصر خليل ،ط٦،٢م، دار الفكر، بيروت، عام ١٣٩٨،ج٦،ص١٣١.
- ابـن العربـي المالكـي ، أبـو بكـر محمـد بـن عـبد الله،(ت٥٤٣هـ) .عارضـة الأحـوذي بشرح سنن الترمذي،ط٣،١م، دار الكتب العلمية ،بيروت ، ١٩٩٧،ج٣،ص٦٣.
-النووي ،صحيح مسلم بشرح النووي ، ج١٢، ص١٥.
- الصنعاني ،سبل السلام ، ج٤،ص١٤٦٣.
- ابن حجر ، فتح الباري ،ج١٣،ص١٣٧.
-الحسام الشهيد ، شرح أدب القاضي للخصاف ،ص٦٨.
- البيجوري ، حاشية البيجوري ،ج٢،ص٦٢٨.
-ابن مفلح ، المبدع ، ج١٠،ص٣٨.
(٢) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ج٦،ص ١٧٠.
(٣) ابن فرحون تبصرة الحكام ،ج١،ص٢٧.
(٤) الشيرازي ، المهذب ، ج٣،ص٣٨٢.
(٥) ابن قدامة ،المغني، ج٩،ص٥١.

ومـــن الطـــريف مـــا ألحقه ابن فرحون بما يشوش القاضي ويؤثر على حكمه، المرأة ذات الجمـــال والمنطق الرخيم، فقال بمنعها من مباشرة الخصومة،ويأمرها القاضي بأن توكل وكيلاً، إذا كـــان يخشـــى من سماع كلامها الشغف بها ، ولا تأتي إلى مجلس القضاء ،وإن اضطر إلى إحضـــارها بعـــث إلـــيها في دارها من يخاطبها من وراء ستر،ويكون المبعوث ممن يوثق بدينه وورعـــه، فيســـمع حكومـــتها ومخاصمتها، وقد استدل على ذلك بالحديث الذي يرويه زيد بن خـــالد وأبي هريرة رضي الله عنهما:"أغدُ يا أنيس إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها" فلم يأمر بإحضارها ليسمع إقرارها، وإنما أرسل إليها من يسألها ويسمع اعترفها (١).

ومـــع أن مـــا ذكـــر من الممكن أن يكون مما يشوش على القاضي ويؤثر على حكمـــه ،إلا أن مـــا استدل به بعيد ،فالنبي –صلى الله عليه وسلم– قد يكون أرسل إلى المرأة من يســـمع اعترافها؛لانشـــغاله ولعدم وجودها في المجلس في ذلك الوقت، فكلف من يقوم عنه بهذه المهمـــة ،فلم يثبت في القصة أنه رأى المرأة أو وصف له جمالها ،بالإضافة إلى عصمته –صلى الله عليه وسلم– ،وحفظه من رب العالمين،فهو معصوم عن الحكم بالباطل لجمال امرأة ،كما أن القصة في ثبوت حد الزنا الذي يستوجب الرجم ،فلا يدخل عليها هذا الاحتمال.

واخـــتلاف الأنواع التي ذكرها الفقهاء، مما يشغل القلب ويشوش الفكر دليل على أن المعتبر فيها توفر العلة وليس الحصر، فلو طرأ في زماننا حالات وظروف أخرى تشوش على القاضي وتشغل فكره دخلت معها .

والمسألة التي هي موضع خلاف، أن القاضي إذا كان يمر في أحد هذه الحالات، وجلس للقضاء وحكم،فهل الحكم الذي أصدره صحيح أم باطل؟ الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

-**القـــول الأول** : أن القاضـــي ،إذا قضـــى في حالة الغضب ،أو ما يشوش الفكر فحكمه صحيح وقضـــاؤه نـــافذ إذا وافـــق الحـــق ،أمـــا إذا خالفـــه فقضـــاؤه مـــردود وحكمه باطل،وبه قال الجمهور:الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة .(٢)

---

(١)ابن فرحون ،تبصرة الحكام،ج١،ص٦٥.
و أخرجه البخاري في كتاب الوكالة،باب الوكالة في الحدود .البخاري،صحيح البخاري،ج٢،ص٨١٤. وفي كتاب المحاربين من أهل الكفر والردة، باب الاعتراف بالزنا. البخاري،صحيح البخاري،ج٦،ص٢٥٠٢. وفي هذا الموضع فصل القصة كاملة .

(٢)–الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف ،ص٦٨.
– ابن الهمام ،شرح فتح القدير ، ج٦،ص١٧٠.
– السرخسي ،المبسوط ، ج١٦،ص٦٧.
–العبدري ،التاج والإكليل ،ج٦،ص١٢١.
–الشيرازي ، المهذب ، ج٣،ص٣٨٢.
– النووي ، المجموع ، ج٢٠،ص١٣١.
– ابن قدامة ،المغني، ج٩،ص٥١.

قال ابن حجر في الفتح :"لو خالف وحكم في حال الغضب صح إن صادف الحق مع الكراهة، وهذا قول الجمهور". (١)

"وينبغي ألا يقضي وهو غضبان أو فرحان أو جائع" (٢).

" يكره أن يحكم مع ما يدهش عن تمام الفكر، ومضى حكمه إن حكم معه وكان صوابا "(٣).

"إن قضى في هذه الأحوال التي منع من القضاء فيها نفذ حكمه إذا وافق الحق"(٤).

" ولو قضى مع الغضب والجوع نفذ إذا صادف الحق "(٥)

"فإن خالف وحكم فوافق الحق نفذ حكمه".(٦)

واستدلوا ب:أن القاضي إن حكم في هذه الأحوال،صح حكمه لأن الزبير ورجلاً من الأنصار اختصما إلى رسول الله –صلى الله عليه وسلم– في شراج الحرة ، فقال رسول الله –صلى الله عليه وسلم– للزبير :" أسق زرعك ثم أرسل الماء إلى جارك ، فقال الأنصاري :وإن كان ابن عمتك يا رسول الله ، فغضب رسول الله –صلى الله عليه وسلم– حتى احمر وجهه،ثم قال للزبير :"اسق زرعك،واحبس الماء حتى تبلغ الجدر،ثم أرسل إلى جارك" فحكم في حال الغضب .(٧)

–**وجه الدلالة:** أن النبي –صلى الله عليه وسلم–حكم في حال الغضب،فدل ذلك على جواز الحكم في حال الغضب ،وفي الأحوال المشابهة له،ولو كان محرما لما فعله –صلى الله عليه وسلم– ، فالحكم إذا وافق الحق كان صحيحا ونافذا .(٨)

وقد اعترض عليه بأن النبي– صلى الله عليه وسلم– معصوم عن الحكم بالباطل في رضاه وغضبه فالنبي–صلى الله عليه وسلم– كان معصوماً ،فلا يتطرق إليه احتمال،ما يخشى من غيره في الحكم،فلا يقول في الغضب إلا كما يقول في الرضا ،بخلاف غيره ؛لأنه ليس له من العصمة ما يمنعه من الخطأ (٩).

---

(١) ابن حجر ، فتح الباري ،ج١٣،ص١٣٨.
(٢) ابن الهمام ،شرح فتح القدير ، ج٦،ص١٧٠.
(٣) الدسوقي ،حاشية الدسوقي ،ج٤،ص١٤١.
(٤) الماوردي ،أدب القاضي ،ص٢١٧.
(٥) ابن دقيق العبد ،إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ،ج٤،ص١٦٨.
(٦) ابن مفلح ، المبدع ، ج١٠،ص٣٨.
(٧) –النووي،المجموع ،ج٢٠،ص١٣١.والحديث أخرجه البخاري في كتاب المساقاة،باب سكر الأنهار،ج٢،ص٨٣٢. ومسلم في كتاب الفضائل باب وجوب اتباعه –صلى الله عليه وسلم–،مسلم،صحيح مسلم بشرح النووي،ج١٥،ص١٠٧.
(٨) أبو البركات ،الشرح الكبير ، ج٤،ص١٤٠.
(٩)–بن دقيق العبد ،إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ،ج٤،ص١٦٨.
– ابن حجر ، فتح الباري ،ج١٣،ص١٣٨.

-**القـــول الثانـــي** : التفـــريق بين الغضب اليسير ،و الغضب الكثير الذي يدهش العقل عن أصل الفكر، فمع الغضب اليسير حكمه صحيح وقضاؤه نافذ ، أما مع الغضب الشديد ومثله بما يشوش الفكر، ويدهش العقل فحكمه باطل وقضاؤه مردود ،وهو قول للمالكية .

واعتمدوا على أن العبرة في أثر الغضب، فالغضب اليسير لا يؤثر على الحكم، ولا يخرج القاضي عن اعتداله ،فيكون الحكم صحيحاً ونافذاً ، وأما الغضب الشديد فإنه يخرج القاضي عن استيفاء النظر والفهم.(١)

-**القـــول الـــثالث** : أن القاضـــي إذا حكم مع الغضب، أو ما يشوش الفكر فحكمه باطل وقضاؤه مردود،وهو قول الظاهرية.

ودليلهم :

١- ظاهر الحديث :" لا يقضي القاضي وهو غضبان " وهذا منهج الظاهرية في فهم النصوص، فقد بوب ابن حزم للحديث بقوله :"مسألة ولا يقضي القاضي وهو غضبان" .

٢-أن القضاء حال الغضب منهي عنه ، والنهي يقتضي الفساد (٢) .

-**القول الرابع** : قول الحنابلة بالتفريق بين أن يكون الغضب طرأ عليه بعد أن استبان له الحكم، أو قـــبل ذلك ،فإن كان بعد أن استبان له الحكم، فالحكم صحيح والقضاء نافذ ، وإن كان قبل أن يستبين الحكم، فحكمه باطل وقضاؤه مردود .

ودلـــيلهم :أن النهـــي عـــن الغـــضب ليس لذاته،وإنما لما قد يترتب عليه من التأثير على الحكم القـــضائي بـــسبب تشويش الفكر وانشغال القلب عن الوصول إلى الحق، وحصول هذا قد يفضي إلى الخطأ.(٣)

-**القـــول الخامس:** النهي عن الحكم في هذه الأحوال إذا كان الحكم يحتاج إلى نظر، فلا يجلس إلا حـــال اعـــتدال أمـــره حتى يأمن الغلط ،ويتمكن من النظر،فإن كان ظاهراً لا يحتاج فيه إلى نظر ،فلا بأس به في جميع الأحوال ،وهو قول للحنفية.(٤)

---

(١) -الدسوقي ، حاشية الدسوقي ،ج٤،ص١٤١.
-أبو البركات ،الشرح الكبير ، ج٤،ص١٤١.
- عبد الله ،محمد جمعة . الكواكب الدرية في فقه المالكية ،دار المدار الإسلامية، ج٤،ص١٧.
- العبدري ،التاج والإكليل ،ج٦،ص١٢١.
(٢) -ابن حزم ،المحلى ، ج٩،ص٣٦٥.
-ابن قدامة ،المغني، ج٩،ص٥١.
(٣) - ابن قدامة ،المغني، ج٩،ص٥٢.
- ابن حجر ، فتح الباري ج١٣،ص١٣٨.
- الصنعاني ،سبل السلام ، ج٤،ص١٤٦٣.
(٤)الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٦٨.

-**الــراجح**:القول الأول فالنبي -صلى الله عليه وسلم- لم ينه عن الغضب لذاته ،و إنما نهى عنه لمــا قد يترتب عليه من الأضرار بالخصوم، بإصدار حكم غير عادل ،فيكون قد ضيع الحق من صـــاحبه وأعطاه لمن لا يستحق،وكلاهما في هذه الحالة خاسر، فمن ضاع حقه وأخذه غيره قد خــسر هذا الحق في الدنيا ، أما عند الله الحكم العدل فلا تضيع الحقوق ، والمحكوم له بغير حقه خاسر أيضاً ولكن خسارته أكبر ؛لأنه أخذ ما ليس حقاً له،وهذا ما حذر منه النبي-صلى الله عليه وســلم- في حديث أم سلمة المتقدم :"فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار فليأخذها أو ليتــركها " (١) ، وظلم القاضي نفسه بأن حكم بغير الحق ، فأدخل نفسه في قول النبي -صلى الله علــيه وســلم- القــضاة ثلاثة وأحدهم " رجل قضى بين الناس عن جهل فهو في النار "(٢)، والغــضب مظــنة تشوش الفكر وانشغال القلب،ويحصل بسببه اختلال النظر عن استيفاء الحكم الــصحيح والــصائب ،فإذا حكم في حالة غضبٍ أو تشويش لأي سبب من الأسباب المتقدمة من جوع مفرط أو مرض شديد أو غلبة نعاس فكلها سبب في انشغال الفكر عن الوصول إلى الحق.

فالعبــرة في أثر هذه المشوشات على الحكم القضائي المنشود فيه العدالة،فإذا صدر الحكم القــضائي موافقاً للحق ولم يتأثر بما عرض للقاضي،كان الحكم صحيحاً والقضاء نافذاً ، أما إذا صـــدر الحكـــم مخالفاً للحق كان الحكم باطلاً والقضاء مردوداً ، وهذه القاعدة العامة في إبطال الأحكـــام القــضائية ،فلذلك نجد أن القانون لم يتعرض لهذا الموضوع ولا للحالة النفسية للقاضي حـــال نظره للدعوى أو إصداره للحكم ،فعلى كل الأحوال ينظر الحكم القضائي،فإن كان معيباً أو بـــاطلاً يطعن به بالطرق المقررة للطعن ، والتقاضي في الوقت الحاضر على درجات ،فالدرجة الأعلـــى في القضاء تنظر في أحكام المحاكم الأدنى درجة كالصلح والبداية ، فمحاكم الاستئناف والتمييـــز محـــاكم رقابـــة على تطبيق القانون والتزام المحاكم به،والمحاكم الشرعية في القضايا المــتعلقة بحـــق الله لا تنفذ إلا بعد تصديقها استئنافا ، وهذا يتطلب من محاكم الاستئناف الرقابة الدائمـــة على هذه الأحكام،وللمحكوم عليه الحق في اللجوء للطعن في الحكم إذا كان فيه خلل أو عيب،وهذه ضمانة في القانون من تأثير هذه الحالة على القاضي .

---

(١) سبق تخريجه،ص١٧.
(٢) سبق تخريجه،ص١٦.

-المطلب الثالث : سبق إبداء القاضي رأيه في الحادثة : (١)

إن القاضي شخص ابتلاه الله عز وجل بمهمة عظيمة ، وقد وضع الفقهاء من القواعد والقيود على هذه الشخصية، ما قد يضيق بها الإنسان العادي ، فوضعوا له ضوابط في حضور الولائم ، وعــيادة المرضـــى ،وحضور الجنائز، وفي البيع والشراء، وفي واختلاطه بالناس ، وذلك حفظاً لهيبــته وهيــبة هذا المنصب ، وحتى لا يصل إليه الخصوم ، ويحاولوا التأثير عليه في حكمه ، بعلاقة أو جاه أو هدية أو رشوة ؛ لذلك لا يكون حكم القاضي إلا في مجلس القضاء ،ولا يتحدث القاضـــي فــيما يخص الخصومات، ويتعلق بالنزاعات ،خارج هذا المجلس ، فربما تكلم القاضي بــرأيه في موضوع معين ، ويكون الذي طرح هذا الموضوع خصماً يفكر في رفع الدعوى عند هذا القاضي،فإذا شعر من خلال هذا القاضي أن الحكم لصالحه أقام الدعوى عنده ، وإذا شعر أن رأي القاضي يخالف هواه، بحث عن قاضٍ آخر، أو وسيلة أخرى للحصول على مبتغاه .

وقــد يقـــال بأن القاضي محكوم بالشرع أو بمذهب معين، وفي عصر التقنين بقوانين معينة فلــن يخــتلف الــرأي بيــن قــاض وآخر،فــنقول بــأن للقاضـــي نظره ورأيه في فهم النص وتفسيره ،فتفسير القوانين وفهمها يختلف بين قاض وآخر .

وهــذا مــا جعــل بعــض الفقهاء يقولون ، بأنه يكره للقاضي أن يفتي في مسائل الأحكام المــتعلقة باختصاصه؛ لأنه قد يعرض عليه ما أفتى به في خصومة قضائية ،فتكون فتياه كالحكم مــنه لهــذا الخصم أو عليه ، مما قد يضطره إلى الالتزام بهذه الفتوى وقت نظر الدعوى ، وقد يتغــير اجــتهاده وقت نظر الدعوى،أو تظهر له أدلة أو إثباتات أو قرائن لم تكن ظاهرة له عند الإفــتاء ،فــإن أصر على فتياه وحكم بموجبها حكم بخلاف ما يعتقد،وهذا يستوجب بطلان الحكم القضائي الذي أصدره .

وإن حكــم بخلافها تمكن الخصم من التشكيك في قضائه والتشنيع عليه،بأنه يحكم بخلاف ما يفتــي،ولهذا قال القاضي شريح :"أنا أقضي لكم ولا أفتي،وفتوى القاضي في مسائل الأحكام فيها قــولان: قــول بــأن لــيس له أن يفتي؛ لأن لكلام الناس عليه مجال،ولأحد من الخصمين عليه مقال،وهو الخصم الذي سمع الفتوى،وقول أن للقاضي أن يفتي لأنه من أهل الفتوى".(٢)

---

(١)وقــد يقــال بأن سبق إبداء القاضي رأيه في الحادثة ،أمر يتعلق بالإجراءات لا بما يتعلق بشخصية القاضي، فالجواب أنه ليس من إجراءات الدعوى، أن يتحدث القاضي بأمر يتعلق بالخصومات خارج مجلس القضاء .

(٢) ابن القيم ،إعلام الموقعين ،ج٤،ص٢٢١.

وقـد وضع ابن القيم عنواناً في إعلام الموقعين "يجوز للقاضي أن يفتي " ، وبين أنه لا فرق بـين القاضـي وغيـره في جواز الإفتاء بما تجوز الفتيا به ، ووجوبها إذا تعينت، ولم يزل أمر السلف والخلف على هذا ، فمنصب الفتيا داخل في القضاء ضمناً.(١)

وفتـيا الحـاكم ليـست حكمـاً منه،وله الحكم بخلاف ما أفتى به سابقاً ،ولا تعد الفتوى نقضاً للحكم،فالفتوى بخلاف الحكم (٢) .

وقال الحنفية ،يكره للقاضي أن يفتي في مجلس القضاء وغيره؛ لأن الخصوم قد يدخلون عليه فـي الحـيل الـباطلة،وهذا يشمل المجلس غيره،وقيل يفتي في العبادات ولا يفتي في المعاملات الداخلة في اختصاصه كقاضٍ .(٣)

ونقل مثل ذلك عن المالكية فقالوا يكره للقاضي أن يفتي في خصومة ، ويجوز له أن يفتي في العبادات والذبائح والأضحية وكل ما لا يدخله حكم الحاكم واختصاصه .

وقـيل بالمنع،إذا كانت الفتوى فيما يمكن أن يعرض بين يديه من الدعاوى والخصومات ، أمـا لو جاءته من خارج بلده فيجيب عنها ،وكذلك إذا علم بالقرائن أن السائل لا يريد إلا مجرد الاستفهام،كما لو كان من الطلبة الذين من شأنهم تعلم الأحكام،فلا يكره للقاضي إجابته .

أما إذا علم بالقرائن أن له غرضاً يتعلق بالخصومة،فلا يجيب على الفتوى التي تتعلق بمجال اختـصاصه القضائي ، وكل هذا إذا كان القاضي لا يعرف مذهبه من غيره، بأن كان مجتهداً أو مقلـداً غيـر ملتزم بمذهب معين،أما إذا كان مقلداً لمذهب معين فلا كراهة في فتواه؛ لأن مذهب من يقلده معروف .(٤)

وقـد نقل ابن فرحون المنع عن مالك وأنه ليس للقاضي أن يفتي في مسائل القضاء،وأما في غيـر مـسائل القـضاء، فلا بأس للقاضي أن يفتي،وكان سحنون يمتنع عن الإجابة فيما يتعلق بمسائل الأحكام،ويرد بأن هذه المسألة تتعلق بالخصومات. (٥)

---

(١) ابن القيم ،إعلام الموقعين ،ج٤،ص٢٢٠.
(٢) المصدر نفسه ،ج٤،ص٢٢٤.
(٣) ابن الشحنة،إبراهيم بن أبي اليمن الحنفي ،(ت٨٨٢هـ). لسان الحكام في معرفة الأحكام،ط٢،مطبعة البابي الحلبي ،القاهرة ،١٩٧٣،ج١،ص٢١٩.
(٤) الدسوقي ، حاشية الدسوقي ،ج٤،ص١٣٩.
(٥) ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص٢٩.

وذكـر الحنفـية أن القاضــي المجـتهد، إذا كان له رأي مقرر في حادثة قبل قضائه في تلك الحادثــة،ثم تبين أنه حكم بخلاف هذا الرأي المقرر له قبل الحكم لا ينفذ قضاؤه ،وحكمه باطل ، أمــا إذا كــان حكمه موافقاً لهذا الرأي فحكمه صحيح وقضاؤه نافذ ، وعدم علمه بمخالفته لرأيه الـسابق دلـيل علــى بقائه ،أما لو كان عالماً برأيه السابق وقضى على خلافه حمل على تبدل اجــتهاده (١) ، وقــد أكــد هذا الفهم الرافعي في تقريراته على حاشية ابن عابدين ،فبين بأن القاضــي إذا حكــم وخالــف رأيه لا ينفذ حكمه،إلا إذا كان عالماً باختلاف العلماء،فيكون حكمه رجــوعاً عن رأيه إلى رأي غيره ،فيكون رأيا حادثاً له أو تقليداً لغيره فينفذ،أما إذا لم يعلم وكان باقياً على رأيه السابق كان مجازفاً في حكمه،فلا ينفذ ويدخل في حكم القاضي بخلاف رأيه .(٢)

وقــد فــرض على القاضي في اختلاطه بالناس قيوداً حتى في أدق الأمور كما تقدم، فقد تكلــم العلمــاء عن حضوره الوليمة ، وعن دخوله الحمام ،وعن ركوبه ، وذلك حفظاً لهيبته في نفوس الناس ، وحتى لا يكون لأحد منهم مدخل عليه، قد يؤثر في نزاهته وهيبته،حتى أن بعض العلماء قيده في ضحكته وعبوسه في مجلس القضاء،وحتى في اختيار أصدقائه،لما له من أثر في نفس الخصوم وهيبة المجلس(٣).

الراجح: بناءً على ما تقدم من أقوال الفقهاء ،التي تؤكد على خطورة خوض القاضي في المسائل والقــضايا التي تدخل في مجال اختصاصه في غير مجلس القضاء ،فلا يجوز للقاضي أن يبدي رأيه في أي مسألة تدخل في اختصاصه القضائي في غير مجلسه،وإن فعل ذلك ثم عرضت عليه القــضية تنحى عنها من تلقاء نفسه،وإن لم يفعل وأصدر حكمه،كان الحكم باطلاً؛ وذلك من باب السياسة الشرعية ،ودرءاً للمفاسد المترتبة على ذلك،ومراعاة للمصلحة العامة للقاضي والخصوم وتحقيقاً لمقاصد الشريعة من نصب القضاء ،وتتضح خطورة هذا التصرف من خلال ما يلي:

١- خشية وقوع التناقض بين رأي القاضي وحكمه ، ومن هنا لم يكن للقاضي أن يبدي رأيه في المــسائل والأحكام المتعلقة في اختصاصه الموضوعي،حتى لا تستغل ضده من الخصوم،وحفاظاً علــى هيبــته وهيبة القضاء، من التناقض والابتذال في طرح القضايا المتعلقة بالخصومات في المجالس العامة،أو بين أحد الخصوم والقاضي، مما يؤثر على شفافية القضاء وعدالته.

٢-الخــوف من دخول الخصوم عليه بالحيل الباطلة لمعرفة توجهه ورأيه في القضية،فإن وافق هواهم ومبتغاهم ،أقاموا الدعوى عنده ،وإلا أقاموها عند غيره .

---

(١) ابن عابدين ،رد المحتار ، ج٥،ص٣٩٥.
(٢) الرافعــي ، محمــد رشيد ،تقريرات الرافعي على حاشية ابن عابدين ،دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ج٢،ص١٩٣ .
(٣) ابن فرحون ،تبصرة الحكام ، ج١،ص٢٣.

٣- لأنـــه إذا عــرض علــيه مـــا سبق أن أبدى فيه رأيه ،قد يضطر إلى الالتزام به وقت نظر الدعــوى مـــع أنه ربما تغير اجتهاده أو ظهرت له أدلة جديدة لم تكن ظاهرة له في الوقت الذي أبدى فيه رأيه في القضية،وإذا فعل ذلك فقد قضى بخلاف ما يعتقد،وهذا يستوجب بطلان الحكم.

٤- أن الشارع قد وضع كل التدابير التي تصون القاضي وتحميه ،وتحفظ له هيبته ،فألزمه بقيود فـــي اختلاطه بالناس في أدق الأمور ،كما أن سبق إبدائه لرأيه ،ثم تغير اجتهاده يجعل للخصوم عليه مقال ،وتشكيك في قدراته ونزاهته .

أمـــا إذا كانت الفتوى أو القضية خارج ولايته كقاضٍ أو خارج اختصاصه كان له أن يفتي أو يبدي رأيه فيها .

أمـــا فـــي القانون فقد جاء في المادة الثانية والثلاثين بعد المائة من قانون أصول المحاكمات المدنـــية الأردنـــي رقـــم(٢٦) لـــسنة ٢٠٠٢م في عدم صلاحية القضاة وردهم وتنحيتهم البند الخامس،أن القاضي إذا سبق له إبداء الرأي في الدعوى المنظورة أمامه،سواء بصفته قاضياً أو خبيـــراً أو محكمـــاً أو شـــاهداً،يكون غيـــر صالح لنظر الدعوى،وممنوعاً من سماعها من تلقاء نفسه،ولو لم يرده أحد الخصوم ،ونصها:

" يكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى ، ممنوعاً من سماعها ، ولو لم يرده أحد من الخصوم في الأحوال التالية :

-البند الخامس:إذا كان قد أفتى أو ترافع عن أحد الخصوم في الدعوى،ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء،أو كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً أو محكماً،أو كان قد أدى شهادة فيها ".

وقـــد جاء في أصول المحاكمات الشرعية في المادة الخامسة والعشرين بعد المائة" يحق لكـــل من المدعي والمدعى عليه، أن يقدم إلى رئيس محكمة الاستئناف الشرعية ،استدعاء على نسختين، يطلب فيه تنحية القاضي عن رؤية الدعوى ،لأي سبب من الأسباب التالية:

-البـــند الخـــامس : إذا سبق أن أبدى القاضي رأيه في الدعوى بصفته قاضياً،أو ممثلاً للنيابة أو محكماً أو وكيلاً".

وجاء في أصول المحاكمات المدنية لأبي الوفا تحت عنوان رد القضاة :

"إذا كـــان القاضـــي سبق أن أفتى أو ترافع عن أحد الخصوم في الدعوى ،أو كتب فيها ولو كان ذلـــك قـــبل اشتغاله بالقضاء،أو كان سبق نظرها قاضياً أو خبيراً؛ وذلك لعلمه الشخصي بوقائع الدعوى وظروفها مع احتمال أن يكون اتجه رأيه إلى نحو قد يصعب بعدئذ تعديله"(١) .

---

(١) أبو الوفا ، أصول المحاكمات المدنية ،ص٩٧.

وتــنص المــادة العشرون بعد المائة في فقرتها السادسة، من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانــي علــى أنــه "يجــوز للخصمين أو لأحدهم طلب رد القاضي ، إذا كان قد أبدى رأياً في الدعــوى بالذات ولو كان قبل تعيينه في القضاء ، ولا يصح إثبات هذا الأمر إلا بدليل خطي أو بإقــرار القاضــي " ،وتنص المادة الحادية والعشرون بعد المائة من ذات القانون : " يجب على القاضي أن يعرض تنحيته من تلقاء نفسه في المادة السابقة "(١) .

(١) عالــية ، ســمير ،(١٩٩٧). نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام ،(ط١).بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ،ص٣٠٦.

- المبحث الثاني : بطلان الحكم لخلل في المحكوم فيه :

المحكوم فيه هو محل النزاع،والسبب الذي من أجله أقيمت الدعوى،والحكم يأتي فاصلاً فيه ، والقضاء يدخل على جميع الحقوق .

وقد نقل ابن رشد اتفاق الفقهاء على ذلك فقال :" وأما فيما يحكم فيه ،فاتفقوا أن القاضي يحكم في كل شيء من الحقوق ، أكان حقاً لله أم حقاً للآدميين ". (١)

الحق نقيض الباطل وجمعه حقوق و حقاق،ومنه قوله تعالى:"**ولاتلبسوا الحق بالباطل** "(٢) .

والحق من أسماء الله عز وجل وقيل من صفاته.(٣)

" والحق اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا "(٤)، وهذا التعريف يدخل فيه جميع أنواع الحقوق، سواء تعلقت بعين أو منفعة أو غيرها ،على أنه لا يخلط بين الحق ومتعلقه، فالدار مثلاً عين مادية وليست هي الحق ،ولكن اختصاص ما لكها بها هو الحق ، فالحق عند الفقهاء ليس شيئا ماديا ملموساً وإنما هو اختصاص شرعي .

فالعلاقة بين الحق المحكوم فيه وبين المدعى به، أن الحق هو اختصاص المالك بالمدعى به ، فمن رفع دعوى في ملكية بيت أو سيارة أو فرس فهذه الأشياء هي المدعى بها،والحق هو اختصاص مالكها بها،وعليه فيشترط في المحكوم فيه ما يشترط في المدعى به لصحة الدعوى،وقد اشترط الفقهاء في المدعى به شروطاً لا بد من توافرها لصحة المطالبة به ،وإقامة الدعوى ،ولإقامة دعوى صحيحة لا بد أن يتوافر في المدعى به الشروط التالية :

-**أولاً** : أن يكون المدعى به معلوماً ؛لتعذر القضاء بالمجهول، وتعذر إقامة البينة عليه ،وإلزام المدعى عليه برده لصاحبه،فلا يمكن للقاضي أن يلزم بمجهول .(٥)

والمدعى به إما أن يكون ديناً وإما أن يكون عيناً ،فإن كان عيناً ،فلا بد من إحضاره إلى مجلس القضاء،لتتم الإشارة إليه عند الدعوى والشهادة ، حتى يصير معلوماً لدى المدعي والمدعى عليه والقاضي والشاهد ،هذا إذا كان محتملاً للنقل ،أما إذا كان لا يحتمل النقل ويتعذر إحضاره من مكانه إلى مجلس القضاء، ومثلوا لذلك بحجر الرحى ،ففي هذه الحالة إما أن يرسل القاضي وكيلا عنه ،وإما أن يكتفي بوصفه وصفاً دقيقاً يتميز به عن غيره ويصبح معلوماً،وأما

---

(١) ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد،ج٢،ص٥٦٦.
(٢) سورة البقرة،آية ٤٢ .
(٣)ابن منظور،لسان العرب ،ج١٠،ص٤٩.
(٤)الزرقا ، مصطفى ،(١٩٦٧).المدخل الفقهي العام ،٣م ،(ط١٠). دمشق: دار الفكر ،ج٣،ص١٠.
(٥) -الكاساني ،بدائع الصنائع ،ج٦،ص٢٢٢.
- ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص١٠٤.
-الشيرازي ،المهذب ،ج٣،ص٤١١.
-الشيباني ،نيل المآرب بشرح دليل الطالب ،ج٢،ص٤٥٢.

إذا كـان المدعى به عقاراً،فلا بد من بيان حدوده ومكانه من البلدة والمحلة ؛لأن العقار لا يكون معلوماً إلا بالتحديد .

والجمهـور على أنه لا بد من بيان حدود العقار ،واكتفى بعض الحنفية بذكر حد واحد وبذكر حدين ، وقيل لا تقع الكفاية إلا بذكر ثلاثة حدود حتى يصير العقار معلوما(١).

وفي الوقت الحاضر فإن مجرد ذكر رقم القطعة والحوض والبلدة كافٍ في تحديد العقار ، فـبمجرد حصـول المدعي على رقم القطعة يستطيع الحصول على بيانات كافية عن العقار من دائـرة تسجيل الأراضي ،تبين المساحة والحدود بدقة،أما إذا كان المدعى به ديناً فلا بد من بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته؛ لأن الدين لا يصير معلوماً إلا بهذه الأشياء .

هـذا إذا كان نقداً أما إذا كان عيناً ينضبط بالصفات كالحبوب والثياب والحيوان،فلا بد من وصفها،وذكر القيمة ليس شرطاً فالصفة في هذه الحالة تغني ،أما إذا كانت لا تنضبط بالصفة فلا بـد مـن ذكر القيمة، وإن كان المدعى به تالفا وهو مما له مثل، كالمكيل والموزون ادعى مثله وضـبطه بصـفته ،وإن كـان ممن لا ينضبط بالمثل كالنبات والحيوان ادعى بالقيمة لأنها تجب بتلفه .(٢)

وقد أجاز الفقهاء الدعوى بالمجهول استثناء من شرط المعلومية في بعض المسائل منها :

١- الدعـوى بالوصـية ، وصـحت الدعـوى في الوصية بمجهول؛ لأنه يجوز أن يكون الموصـي به مجهولاً ،فلو أوصى بشيء أو بسهم صح ،فلا يمكنه أن يدعي هذا الشيء أوالسـهم إلا مجهـولاً كما ثبت ،فإذا ادعى أن فلاناً أوصى له بثوب تقبل الدعوى؛ لأن الوصية تحتمل الجهالة وكذلك دعواها .

٢-دعـوى الإقـرار بالمجهول؛ لأن المقر يخبر عن شيء واجب عليه أو في ذمته ،فيجوز لخصمه أن يدعي بأنه أقر له بمجهول، قياساً على الوصية بمجهول .

٣-إذا كـان المدعـى بـه بحكمه موقوفاً على ما يفرضه القاضي للمدعي، كالمفوضة التي تطلب تقدير مهر لها،ويقدر لها في هذه الحالة مهر المثل من قبل القاضي .

---

(١) -الكاساني ،بدائع الصنائع ،ج٦،ص٢٢٢.
- ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص١٠٤.
- الدسوقي ،حاشية الدسوقي ، ج٤،ص١٦٣.
- النووي ،روضة الطالبين ،ج٨،ص٢٨٨.
- ابن قدامة ،المغني ،ج٩،ص٨٧.

(٢) - النووي ،روضة الطالبين ،ج٨،ص٢٨٨.
-ابن قدامة ،المغني ،ج٩،ص٨٧.

٤-إذا ادعـى أن لـه طريقاً في ملك غيره، أو حق إجراء الماء،فلا يحتاج إلا إلى بيان قدر الطريق والمجرى،ويكفي لصحة الدعوى تحديد الأرض، التي يدعي بها الطريق والمجرى .

٥-دعـوى الإسـقاط ؛ لأن الجهالة تضر عند التسليم والتسلم ،والإسقاط سواء كان قليلاً أو كثيراً معلوماً أو مجهولاً لا يضر ؛ فالجهالة في الإسقاط لا تضر .

٦- دعـوى الغصب ؛وذلك لأن المغصوب منه لا يعرف قيمة المال الذي غصب منه، ولا يتمكن الشهود من معاينة المغصوب ،ويقولون رأينا فلاناً يسرق مال فلان ولا ندري ما قيمة ما غصب ،فتقبل الدعوى بالغصب ، ولو كان المدعى به مجهولاً .

٧- جواز دعوى الرهن بالمجهول ويكون القول في بيانه للمرتهن .(١)

وعليه فلا تسمع الدعوى بمجهول ، فالدعوى بمجهول ناقصة وغير مسموعة إلا أنه يمكن رفع هذه الجهالة وتصحيح الدعوى، فلا يسأل الخصم إلا عن دعوى صحيحة وواضحة ،وهذا ما اخـذ به قانون أصول المحاكمات الشرعية ،كما جاء في المادة الثانية والأربعين، إذ بينت المادة أنـه يجوز توضيح الدعوى ،أما إذا لم يتم التوضيح ورفع الجهالة عن المدعى به ،كانت الدعوى باطلة والحكم الصادر فيها باطلاً، إلا في الحالات المستثناة ،فيجوز الدعوى بمجهول.

-**الـشرط الثانـي** : أن يكون المدعى به محتمل الثبوت عقلاً وعادة ،وقد قسم ابن فرحون الدعاوى بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أنواع :

١- مـا تشهد العادة بكذبه كدعوى الحاضر الأجنبي ملك دار بيد رجل،وهو يراه يهدم ويبني ويؤجر هذه الدار فترة طويلة من الزمان ولا يمانع ،وليس له عذر يمنعه من الطلب من ذلك الـرجل الذي يضع يده على هذه الدار تركها،أو التوقف عن استعمالها ولا يعارضه فيها ، ولا يدعـي أن لـه فيها حقاً،أو أن بينهما شراكه وفجأة يدعي أنها له ، ويريد أن يقيم البينة علـى دعـواه ،فهذا لا تقبل دعواه فضلاً عن سماع بينته، لأن العرف يكذبه، ومثل ذلك لو ادعـى رجل على شخص أنه ابنه ، وهذا الابن الذي يدعيه اكبر منه سناً أو أن الابن سنديّ والـرجل فارسـي لـم يدخل بلاد السند ولم يصل إليها،أو كان هذا الابن معروفاً ومشهور النـسب ، ومـثل ذلـك الدعـوى على رجل صالح بالغصب والفساد ، مع أن هذا الرجل معروف بالصلاح،ولا يليق به ذلك فلا تسمع تلك الدعوى .

---

(١) -الميرغناني، الهداية شرح البداية ،ج٧،ص٣٠٢.
- النووي ،روضة الطالبين ،ج٨،ص٢٨٨.
- ابن قدامة ،المغني ،ج٩،ص٨٦.
-ياسين ،نظرية الدعوى ،ص٣٦٦.
-الدغمـي،محمد راكـان، (١٩٩١) . دعـوى التـناقض والدفـع فـي الـشريعة الإسلامية، (ط١). دار عمار:عمان، ص٤٦ .

٢- مـا تـصدقه العـادة مثل أن يدعي سلعة معينة بيد رجل ،أو يدعي رجل غريب وديعة عند رجل صالح، أو يدعي بعض أهل السوق أنه باع واشترى ،فهذه الدعوى مسموعة ،ويمكن إقامة البينة عليها .

٣- مـا لا تقـضي العـادة بصدقه ولا بكذبه،مثل أن يدعي الرجل ديناً في ذمة رجل،أو يدعي معاملـة فهذه دعوى مسموعة ،ويمكن إقامة البينة عليها ،أما إذا احتاج إلى تحليف المدعى عليه اليمـين فلـيس له ذلك،إلا إذا أثبت الخلطة بينهما ، فإذا لم يعرف أن بين المدعي والمدعى عليه علاقـة أو خلطـة فليس له تحليفه ،وشرط الخلطة معتبر عند المالكية،وغير مشترط عند باقي فقهاء المذاهب .(١)

فالدعـوى التي يستحيل وجودها عقلاً وعادة، ولا يحتمل ثبوتها، لا تسمع من المدعى ،ولا يكلف المدعى عليه بالجواب عليها،لأن العرف والعادة تكذبها ،فلا يعقل أن يكون الإبن أكبر سناً من أبيه .(٢)

ووقت القضاء ومجلسه منزه عن سماع ما يستحيل عقلاً وما لا يمكن إثباته .

-**الـشرط الـثالث** : أن يتعلق بالمدعى به غرض صحيح . ،معتبر في نظر الشرع فلو قال لي عـشر حبة ،أو لي عدة دنانير ولم يسمّ من أي وجه هي،فلا تسمع دعواه (٣) ،فلم يجلس القاضي للقـضاء ليفصل في عشر حبة،أو ما شابه من الأشياء التافهة التي لا قيمة لها ، قال في التبصرة "لا تسمع الدعوى في الأشياء التافهة الحقيرة التي لا يتشاح فيها العقلاء كعشر سمسمة " (٤)

وقـد عبـر الدكتور محمد نعيم ياسين عن هذا الشرط بالمصلحة المشروعة، وهي كل ما يفيد في حفظ الضرورات الخمس :الدين والنفس والعقل والنسل والمال،وتعرف المصلحة بمقدار مـا تفـيد لـتلك الـضرورات ،و هذه المصلحة محمية من قبل الشارع ،وإذا تعرضت لاعتداء فلصاحبها الحق في رد ذلك الاعتداء ،إلا إذا أدت هذه الحماية إلى مفسدة أعظم ،فالدعوى بعشر سمـسمة،أو حـبة قمـح أو شعير،حق لصاحبها،إلا أن المطالبة بها أمام القضاة مفسدة أكبر من المصلحة المتحققة لصاحبها،بتضييع وقت القضاء بأشياء تافهة لا تفيد.(٥)

---

(١)ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص١٠٤.
(٢) -الكاساني ،بدائع الصنائع ،ج٦،ص٢٢٦.
- ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص١٠٤.
- عبد الله ، الكواكب الدرية في فقه المالكية ، ج٤،ص١٩.
- ابن القيم ،(ت ٧٥١هـ). الطرق الحكمية في السياسة الشرعية،(تحقيق محمد حامد الفقي) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،ص١١٥ويقول فيها :
" كل دعوى ينفيها العرف وتكذبها العادة ،فإنها مرفوضة غير مسموعة ."
(٣) -ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص١٠٤.
(٤)المصدر نفسه ،ج١،ص٣٨.
(٥) ياسين ،نظرية الدعوى ،ص٣٠٣وما بعدها .

أما القوانين الوضعية فقد قسمت الحق المدعى به إلى ثلاثة أقسام :

١- **الحق العيني :** هو سلطة لشخص تنصب مباشرة على شيء مادي معين كحق الملكية،ثم يستطيع صاحبه أن يباشره دون الحاجة إلى وساطة شيء آخر ،فهو ينطوي على عنصرين بارزين هما: صاحب الحق ومحل الحق .

٢- **الحق الشخصي :** وهو رابطة قانونية بين شخصين،بمقتضاها يقوم أحدهما وهو المدين قبل الآخر وهو الدائن بأداء مالي معين،كحق مشتري العقار قبل البائع،الذي يلتزم بنقل الملكية،وحق المستأجر قبل المؤجر الذي يلتزم بالتمكين من الانتفاع بالعين المؤجرة، فينطوي على ثلاثة عناصر :صاحب الحق ومحل الحق ومن عليه الحق .

٣- **الحق المعنوي :** وهو سلطة لشخص على شيء غير مادي،كثمرة فكره أو خياله أو نشاطه،كحق المؤلف في مؤلفاته العلمية،وحق الفنان في مبتكراته الفنية،وحق المخترع في مخترعاته الصناعية،وحق التاجر في الاسم التجاري،والعلامة التجارية وثقة العملاء،وهو نوع خاص من الملكية يخول صاحبه التصرف في هذا الحق ،ويختلف عن الحقوق السابقة بأنه يرد على شيء غير مادي،وأنه ليس حقاً مالياً خالصاً فينطوي على عنصرين أحدهما معنوي والآخر مالي .(١)

وحق الملكية هو جزء من الحق العيني ،وهو حق فردي مطلق وعرف بأنه "حق المالك في الانتفاع بما يملكه،والتصرف به بطريقة مطلقة "(٢) .

ويؤخذ على تعريف أهل القانون للحق بأنه سلطة أو رابطة قانونية ،أن تلك السلطة أو الرابطة، ليست هي الحق بل بعض مضمون حقيقته،فتعريف الحق بأنه اختصاص كما ذكر الشيخ مصطفى الزرقا،تدخل فيه هذه المضامين فالسلطة أو العلاقة أو الرابطة جزء من اختصاص المالك،فيعتبر تعريف الزرقا تعريفاً جامعاً لسائر الحقوق ، لا يخلط بين الحق وبعض متعلقاته ،فكما تقدم فالدار عين مدعى بها،واختصاص مالكها بها هو الحق،ويخرج من التعريف العلاقة التي لا اختصاص فيها،إنما هي رخصة فلا تعتبر حقاً،وإن كنا نعبر عنها بالحق،كقولنا حق التملك وحق التعاقد وحق الاصطياد من البراري .

ويرى الدكتور محمد نعيم ياسين أن هذا الكلام غير مسلم،والحق أن هذه السلطات منحها الشارع للأفراد على وجه العموم،وينبغي أن تدخل في جملة الحقوق،وليس تسمية الفقهاء لها بالحق من قبيل التساهل ، ومما يؤكد ذلك أن الشخص الذي يمنع من التصرف بأحد تلك الأمور

---

(١)الصده ، عبد المنعم فرج،(١٩٨٢). الحقوق العينية الأصلية ، دار النهضة :بيروت ، ص٤ -٦ .
(٢)المصدر نفسه ،ص١٥.

بالحق من قبيل التساهل ، ومما يؤكد ذلك أن الشخص الذي يمنع من التصرف بأحد تلك الأمور جاز له أن يرفع دعوى على من يمنعه،يطلب فيها منع التعرض له،وتسمى دعوى منع التعرض وهي نوع من أنواع الدعاوى،وقد أجازها الفقهاء ،وقد يتوهم أن هذه الرخص ليست من قبيل الاختصاص،الذي هو حقيقة الحق ، وهذا ليس صحيحاً فينبغي التوسع في مفهوم الاختصاص، لتدخل فيه هذه السلطات ،فليس من اللازم أن يتعلق الاختصاص بعين مادية،بل قد يتعلق بمنفعة أو بأي مصلحة،وإن كانت ليست عيناً كحق النسب وحرية الإنسان،فهذه تعتبر حقوقاً لصاحبها سلطة التصرف في حدود المباح،وبالشروط التي يقرها الشرع،ومفهوم الحق في الفقه الإسلامي وعند أهل القانون لا يختلف في تحديد طبيعة الحق فهو اختصاص في كليهما ،وإن لم يكن جميع علماء القانون اهتدوا إلى هذه الطبيعة ،ولكن بعضهم اهتدى إليها وكان مصيباً ، والسبب الحقيقي في اختلافهم فيما يعتبر حقاً وما لا يعتبر،يعود إلى اختلافهم في المصدر الذي تشتق منه الحقوق، فهو في الفقه الإسلامي رب العباد،وفي الشرائع الوضعية المجتمع ، مما يجعل بعض الأمور في الشريعة حقوقاً،وفي القوانين الوضعية ليست كذلك،كحق الفقير في الزكاة، ونجد أموراً تعتبر حقوقاً في القوانين الوضعية،وليست كذلك في الفقه الإسلامي كملكية الإنسان لما حرمه الله كالخنزير والخمر،فهذا لا يعتبر حقاً في الفقه الإسلامي ، ولا مقارنة بين شرع الله وشرع الإنسان ،فالتشريع اختصاص الخالق العالم بما ينفع الإنسان وما يضره،العادل المنزه عن كل عاطفة تقتضي التحيز وهو أحكم الحاكمين .(١)

وقد خلط بعض أهل القانون بين الدعوى والحق ،فقيل وفقاً للنظرية التقليدية أن الدعوى هي الحق نفسه في إحدى حالاته،أو بعبارة أخرى هي ذات الحق متحركاً إلى القضاء،فهو يبقى هادئاً إذا لم ينازع فيه،وإنما ينشط إذا ما أنكر أو اعتدى عليه،فالحق يمثل حالة قانونية هادئة، والدعوى تمثل الحالة القانونية نفسها وقت التحرك ،فالحق والدعوى يولدان معاً،ويبقى أحدهما ما بقي الآخر،وموضوع الدعوى هو نفس موضوع الحق ،والدعوى تتصف بنفس أوصافه فهي مثله،إما عينية أو شخصية أو عقارية أو منقولة .

وخالفهم أهل النظرية الحديثة،وقالوا بأن الدعوى ليست هي ذات الحق،واستدلوا على التفريق بينهما بما يلي :

١- أنهما يختلفان من حيث سبب كل منهما ،فسبب الحق هو الواقعة القانونية المنشأة له،سواء كانت عقداً أم عملاً،أما سبب الدعوى فهو النزاع بين الخصوم حول الحق .

(١) ياسين ،نظرية الدعوى ،ص٩١-٩٧.

٢- أن الدعـوى قـد يملكهـا شخص آخر غير صاحب الحق ، كما هو الحال بالنسبة للولي أو الوصي الذي يباشر دعوى متعلقة بقاصر ،أما الحق فلا يملكه إلا صاحبه .

٣- أنه قد يوجد في بعض الحالات أحدهما ولا يوجد الآخر،فقد يوجد الحق ولا تحميه الدعوى، وقد توجد دعوى بغير حق يستند إليه صاحبها،كما هو الحال في دعوى الحيازة.

٤- أن الحـق الواحـد قـد تحميه عدة دعاوى ،فصاحب الحق يجوز له أن يرفع دعوى مطالباً بحقه، وقد يرفع دعوى مطالباً بتعويض الضرر الذي يصيب الحق، وقد يرفع أخرى مطالباً بإجراءات تحفظية لحماية ذات الحق .(١)

فـالدعوى ليسـت ذات الحـق الذي تحميه،وليست مستقلة عنه ،وإنما هي جزء لا يتجزأ من الحـق، فالحق لا يتحقق إلا إذا كان لصاحبة سلطة الالتجاء إلى المحاكم للدفاع عنه،ولا يتصور وجـود دعـوى دون أن تستند إلى حق ،ولا يوجد حق دون أن تحميه دعوى ؛ لهذا من الأسلم تعريف الدعوى بأنها "سلطة الالتجاء إلى القضاء بقصد الوصول إلى احترام القانون " .

أمـا التعريف الذي درج عليه فقهاء القانون بأن الدعوى:"سلطة الالتجاء إلى القضاء بقصد الوصـول إلـى تقرير حق أو لحمايته" لا يستقيم مع أن الدعوى جزء لا يتجزأ من الحق، فكيف تكـون الدعوى سلطة أو وسيلة لحماية الحق وهي عنصر من عناصره ،و الصحيح أن الدعوى سـلطة لصاحب الحق في الالتجاء إلى القضاء، للحصول على احترام القانون ،وصاحب الحق فـي هذه السلطة له مطلق الحرية في استعمالها،أو عدم استعمالها، فإذا استعملها نشأت المطالبة القضائية،فالدعوى وهي حق الالتجاء للقضاء موجودة سواء استعملها صاحبها أم لم يستعملها،أما المطالـبة القضـائية، فلا توجد إلا إذا باشر صاحب الحق دعواه،متبعاً الإجراءات الشكلية التي نـص علـيها القـانون فـي السير بالدعوى ، فالمطالبة القضائية ناشئة عن مباشرة الدعوى أو استعمال الحق في الالتجاء إلى القضاء .(٢)

وهذه النظرة تتفق مع ما ذكره فقهاء الإسلام في تعريف الدعوى فالدعوى هي " قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء ،يقصد بها إنسان طلب حق له أو لمن يمثله أو حمايته ".(٣)

فيتضـح من التعريف بأن الدعوى هي الإجراء أو التصرف الذي يتضمن طلب الحق أمام القضـاء ،وهـذا ما اختاره الدكتور محمد نعيم ياسين بقوله :" إن فقهاء المسلمين ونفراً قليلاً من

---

(١) أبو الوفا ،أصول المحاكمات المدنية ،ص١٢٠.
(٢) المصدر نفسه ،ص١٢٠.
(٣) ياسين ،نظرية الدعوى ،ص٨٣.

شـــراح القانون،يرون أن الإجراء أو التصرف الذي يتضمن طلب الحق أمام القضاء، هو الجدير بالاستئثار بلفظ الدعوى " (١).

أمـــا شروط المدعى به في القانون،فقد ذكر أهل القانون الشروط السابقة الذكر عند الفقهاء بتفصــيلاتها ، فقد ذكر الأستاذ فارس خوري في كتابه أصول المحاكمات الحقوقية تحت عنوان الشروط الواجب توافرها في المدعى به :-

أ- أن يكـــون معلومـــا فـــلا تصح الدعوى بالمجهول ،وأضاف بأن الأصول القضائية في هذا الـــزمان توجـــب حتماً على المدعي في جميع الحالات بيان قيمة المدعى به القابل للتثمين لسببين:

- أولهما: لأجل استيفاء رسم الدعوى، الذي يعتمد على قيمة المدعى به .
- ثانـــيهما: لـــتحديد اختصـــاص المحكمـــة ،حـــتى إذا كـــان داخلاً في وظيفتها نظرت الدعوى ،وإلا ردت لعدم الوظيفة، وهذا ما يعرف بالاختصاص القيمي،كما لو ادعى عند قاضـــي الصـــلح بعيـــن قيمـــتها خمسة آلاف دينار ،وكان حد قاضي الصلح النظر في الدعاوى التي قيمتها ألف دينار،فلا يجوز لقاضي الصلح النظر في هذه الدعوى .

ب-أن يكون المدعى به محتمل الثبوت غير محال عقلاً أو عادةً .(٢)

أمـــا شـــرط المصـــلحة فمعتـــبر عند أهل القانون ومسلم به ، وأن المصلحة هي مناط الدعـــوى ، و الباعـــث على رفعها،ولا تقبل أي دعوى أو دفع لا يكون لصاحبها مصلحة يقرها القـــانون ،ويجـــوز إقامـــة الدعوى على المصلحة المحتملة،إذا كان الغرض منها الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه.

فيشترط أهل القانون في المصلحة حتى تكون معتبرة أربعة شروط :

١- أن تكون مصلحة قائمة أي محققة ،ويجوز أن تكون محتملة في حالتين :

أ- إذا كان الهدف من الدعوى الاحتياط من ضرر محدق .

ب-إذا كان المراد بها الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه .

٢- أن تكون حالة غير مؤجلة،كأن يحل أجل الدين فيمتنع المدين عن الوفاء به للدائن .

٣- أن تكون قانونية أي تستند إلى حق،كالمطالبة بمركز قانوني أو التعويض عن ضرر أصاب حقـــا من الحقوق،ويستوي أن تكون المصلحة مادية أو أدبية،ويمثل للمصلحة الأدبية الجدية أن يقـــع حـــادث لطفل،فيطالـــب والده بتعويض الضرر الأدبي،الذي لحقه بسبب وفاة ولده ،

(١) ياسين ،نظرية الدعوى ،ص١٠٥.
(٢) خوري ، أصول المحاكمات الحقوقية ، ص٢٣٩.

ومـــثال المصلحة التافهة أن يبني جار في أرض جاره، فللأخير أن يطلب إزالة البناء مهما كانــت المســاحة المعتدى عليها ضئيلة ،مع مراعاة ما ورد في المادة الخامسة من القانون المدني المصري :" أن استعمال الحق يكون غير مشروع في الأحوال التالية :

أ- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير .

ب-إذا كانــت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية،بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

ج- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة .

أما المصلحة غير القانونية فلا يعتد بها،وتكون المصلحة غير قانونية،إذا كانت مخالفة للنظام العــام أو الآداب،أو كانــت اقتصـــادية،ومثال المصلحة المخالفة للنظام العام والآداب أن يطلب شـــخص تنفيذ عقد تم بينه وبين خليلته لاستمرار العلاقة بينهما ،ومثال المصلحة الاقتصادية أن يطلب تاجر بطلان شركة تنافسه في تجارته بدون أن يكون شريكاً في تلك الشركة .

٤- أن تكــون مصلحة شخصية مباشرة،أي أن رافع الدعوى صاحب الحق المراد حمايته،أو من يقوم مقامه. (١)

فـبطلان الحكم لخلل في المحكوم فيه يكون بتخلف شرطٍ من الشروط المتقدمة ،فبالنسبة للشرط الأول أن يكــون المدعى به معلوماً،فإذا رفعت الدعوى بمجهول،كانت باطلة وغير مسموعة،إلا أن يتم تعريف المدعى به ورفع الجهالة ،وإن لم يتم التعريف بالمدعى به أصبحت الدعوى باطلة لا يجــوز للقاضـــي ســماعها ، وإذا صدر فيها حكم كان باطلاً ،إلا في الحالات التي ورد فيها الاســتثناء ،وبالنســبة للشــرط الثاني أن يكون المدعى به محتمل الثبوت عقلاً وعادة ،فإذا كان المدعى به غير محتمل الثبوت فلا تسمع به دعوى،ولا نشغل بها القضاء المنزه عن تضييع وقته بالعبث والتفاهات،فلا نسمع دعوى ببنوة ابن أكبر من أبيه .وأما الشرط الثالث فبناءً عليه ترفض الدعوى ولا تكون مقبولة في الحالات التالية :

أ- إذا لم يكن المدعى به مصلحة معتبرة شرعاً .

ب-إذا كــان المدعـــى به مصلحة تخص المدعي،ولكن الشارع أضاف حمايته لها إلى زمن مستقبل،بالنســبة للزمن الذي رفعت فيه الدعوى، كدعوى دين مؤجل، فالشارع لم يحمها له في الوقت الذي يطالب فيه،وإنما في وقت حلول الأجل .

ج- أن يكــون المدعـــى بـــه مصـــلحة تخص المدعي،ولكن الشارع ربط حمايته لها بإرادة المدعى عليه،كمن يرفع دعوى على غني يطالبه بالصدقة لأنه فقير .

---

(١) أبو الوفا ،أصول المحاكمات المدنية،ص١٢٧-١٣٤.

د- أن يكـــون المدعى به مصلحة،ولكنها متولدة من مفسدة كدعوى ثمن شيء محرم،أو سببه محرم كثمن خنزير أو خمر لمسلم .

ه- أن يكـــون المدعـــى به مصلحة مشروعة، ولكن المطالبة به أمام القضاء تحصيل حاصل لـــيس فيها جديد، كمن يرفع دعوى يطلب فيها الحكم له بالدار التي يسكنها،من غير أن يكون له منازع فيها .

فكـــل هـــذه الحـــالات تكـــون الدعوى باطلة،ولا يجوز أن نشغل القضاء المخصص للعدل وإحقاق الحقوق بها . (١)

وبـــناءً علـــى الشـــروط المتقدمة المطلوبة في المحكوم فيه ،يكون الحكم باطلاً إذا لم يكن المحكوم فيه مشتملاً عليها.

(١) ياسين ،نظرية الدعوى ،ص٣٠٥.

-المبحث الثالث : بطلان الحكم لخلل في مستنده الشرعي :

القضـــاء فصـــل الخصـــومات وحـــل الـــنزاعات بين الناس ، وعلى مرّ التاريخ نجد أن هـــناك شـــريعة أو قانونـــا يُلـــزم القاضـــي بالـــرجوع إلـــيه ،وفي القضاء الإسلامي اتفق الفقهـــاء علـــى وجـــوب الحكـــم بمـــا أنزل الله ،وبطلان الحكم بما عداه ،فالحكم بما عداه جور وظلم .(١)

والأدلة على وجوب الرجوع إلى حكم الله في القضاء بين الناس كثيرة منها :

أ- الكتاب :

١- قوله تعالى :" **وأن احكم بينهم بما أنزل الله ،ولا تتبع أهواءهم** " (٢) .

وجـــه الدلالـــة : دلـــت الآيـــة علـــى وجـــوب الحكـــم بمـــا أنزل الله ،وإن خالف القاضي هذا الأمـــر،وحكم بغـــير مـــا أنـــزل الله،فحكمـــه جـــور وظلم ،ومخالفة لأمر الله تعالى ،فهو حكم بـــاطل ،وقـــد اســـتهل ابـــن حـــزم بهـــا كـــتاب الأقضية فقال : " ولا يحل الحكم إلا بما أنزل الله تعـــالى علـــى لســـان رســـوله –صـــلى الله علـــيه وسلم- وهو الحق، و ما عدا ذلك فهو جور وظلم لا يحل الحكم به "(٣).

٢- قـــال تعـــالى :"**يـــا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم ،فإن تنازعـــتم فـــي شـــيء فـــردوه إلى الله و الرسول،إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلاً** "(٤) .

-**وجه الدلالة** : " وفي هذا بطلان الحكم بما عدا القرآن والسنة "(٥) .

---

(١) – الميرغناني ،الهداية شرح البداية ،ج٦،ص٣٩٣.
- ابن عابدين ،رد المحتار ،ج٥،ص٤٠٠.
-الحسام الشهيد ،شرح أدب القاضي للخصاف ،ص٣٠٣.
-القرافـــي ، شـــهاب الديـــن أحمـــد بن إدريس ،(ت٦٨٤ه). الذخيرة، ط١،١٤م،(تحقيق الأستاذ محمد بو خبزة) ،بيروت ،دار المغرب الإسلامي ،١٩٩٤، ج١٠،ص١٣٩.
-الجعلي،عـــثمان بـــن حسنين.سراج السالك شرح أسهل المسالك،١م،المكتبة الثقافية،بيروت، ١٩٨٨، ج٢، ص٢٠١.
-النووي ،المجموع،ج٢٠،ص١٥٠.
-ابن مفلح المبدع،ج١٠،ص٤٩.
-ابن حزم ،المحلى،ج٩،ص٣٦٢.
(٢)سورة المائدة ،آية ٤٩.
(٣)ابن حزم ،المحلى ،ج٩،ص٣٦٢.
(٤)سورة النساء ،آية ،٥٩.
(٥) وهذه العبارة التي ذكرها ابن حزم هي عنوان الرسالة بطلان الحكم ،فهذه العبارة تدل على أصل الموضوع عند فقهاء الأمة وسلفها.
ابن حزم ، المحلى ، ج٩،ص٣٦٥.

وهـذا أمـر مـن الله تعالى برد المتنازع فيه إلى كتاب الله وسنة نبيه -صلى الله عليه وسلم-.(١)

والآيـة تـدل علـى أن الحكـم ،إذا لـم يـستند إلى الكتاب والسنة فهو حكم باطـل ، والآيـة فـي المـنازعة والخـصومة ،وجعلـت المـرجع والمستند في الحكم الكتاب والسنة .

٣- قـال تعالى **"فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ،ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليما " (٢)**

-وجه الدلالة المراد في هذه الآية من أراد التحاكم إلى الطاغوت ،واستأنف القسم وقدم لا قبل القسم، وكررها بعده تأكيداً وإظهاراً لقوة النفي . (٣)

" ثـم لا يجـدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت" أي ضيقاً وشكاً ، **" ويسلموا تسليما "** أي ينقادوا لأمرك في القضاء .(٤)

وهـذا فـي الـذي لـم يحكـم بحكـم رسـول الله -صلى الله عليه وسلم- فيما شجر عـنده وفـيما يقـع بـين الـناس ،فلـم يُحَكِّم النبي -صلى الله عليه وسلم- ولا سلم له تسليماً، بـل وجـد فـي نفـسه حـرجاً ممـا قـضى بـه عليه الصلاة والسلام ،فهذا نفت الآية عنه الإيمان .(٥)

٤- قـال تعالى " إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ،ولا تكن للخائنين خصيماً " (٦)

"قوله تعالى" **بما أراك الله** " معناه على قوانين الشرع،إما بوحي ونص أو بنظر جار على سنن الوحي،وهذا أصل في القياس،وهو يدل على أن النبي -صلى الله عليه وسلم- إذا رأى شيئاً أصاب،لأن الله تعالى أراه ذلك " (٧)

---

(١) القرطبي ،الجامع لأحكام القرآن ،ج٥،ص٢٦٠.
(٢) سورة النساء ،آية (٦٥) .
(٣) القرطبي ،الجامع لأحكام القرآن ،ج٥،ص٢٦٦.
(٤) المصدر نفسه ،ج٥،ص٢٦٩.
(٥) ابن حزم ،المحلى ،ج٩،ص٣٦٤.
(٦) سورة النساء ،آية (١٠٥) .
(٧) القرطبي ،الجامع لأحكام القرآن ،ج٥،ص٢٧٦.

"**ولا تكـن للخائنيـن خصيماً**" فيها دليل على أن النيابة عن المبطل في الخصومة لا تجوز ،فلا يجوز لأحد أن يخاصم عن أحد إلا بعد أن يعلم أنه محق "(١) .

-**وجه الدلالة** : أنه لا يجوز القضاء إلا بشرع الله تعالى .

ب-من السنة :

١- أن الرسـول -صلى الله عليه وسلم- أرسل معاذاً إلى اليمن قاضياً وقال له : " كيف تقضي إذا عـرض لـك القضـاء ؟" قـال : "أقضـي بكـتاب الله" قال :"فإن لم تجد في كتاب الله ؟" قـال :" فبسـنة رسول الله -صلى الله عليه وسلم-"قال :"فإن لم تجد في سنة رسول الله ولا في كـتاب الله ؟"قـال : "أجـتهد رأيي ولا آلو". فضرب رسول الله -صلى الله عليه وسلم- صدره وقال :" الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله " .(٢)

-**وجـه الدلالـة** : أن النبي -صلى الله عليه وسلم- حينما عين معاذاً قاضياً،أراد أن يبين له ما الـذي يعتمد عليه القاضي في حكمه،فأجاب معاذ بأنه سيقضي بكتاب الله،فإن لم يجد فبالسنة،فإن لـم يجد فبالاجتهاد،فأقره النبي-صلى الله عليه وسلم-على أن مستند الحكم ومرجعه ما ذكر،قال ابـن الهمام بعد أن ذكر نص الحديث والمصادر التي ذكرها معاذ :"وعليه إجماع المسلمين "(٣).

وهـذا الحديـث وحـده مبيـناً مفصلاً للمقضي به،وقد ذكره أكثر الفقهاء في كتبهم كبيان لمصادر الحكم .

والحديـث دليل على وجوب اختبار القاضي قبل تقليده للقضاء،ومعرفة هدايته وحذاقته في ذلك، وهذا ما فعله النبي-صلى الله عليه وسلم- مع معاذ-رضي الله عنه- بقوله :" بم تقض ؟" .(٤)

---

(١) القرطبي ،الجامع لأحكام القرآن ،ج٥،ص٣٧٧.

(٢) أخـرجه أبو داود في كتاب الأقضية ،باب اجتهاد الرأي في القضاء واللفظ له-أبو داود ،سنن أبي داود، ج٣،ص٣٠٢.

والـترمذي فـي كتاب الأحكام ،باب ما جاء في القاضي كيف يقضي ،عن رجال من أصحاب معاذ، وحكم عليه بالضـعف،فقال:"قال أبو عيسى:هذا الحديث لا نعرفه،إلا من هذا الوجه،وليس عندي بمتصل".-الترمذي،عارضة الأحوذي بشرح سنن الترمذي،ج٣،ص٥٨.

وقال فيه الأرناؤوط صاحب كتاب جامع الأصول في أحاديث الرسول:أن ابن الجوزي ذكر أن الحديث لا يصح، وإن كـان الفقهـاء كلهـم يذكـرونه في كتبهم،ويعتمدون عليه،و معناه صحيح،وقد تلقاه بعض العلماء بالقبول، وصـححه ابن القيم في إعلام الموقعين، -الأرناؤوط،جامع الأصول في أحاديث الرسول،ج١٠،ص١٧٨، كما أن المحقـق ابـن كثـير قـال فـي مقدمة تفسيره في الحديث:"وهذا الحديث في المسند والسنن بإسناد جيد"، -ابن كثير،اسـماعيل،(ت٧٧٤هـ).تفسير ابن كثير،م٤،ط١،دار المعرفة ،بيروت،١٩٨٧م،ج١،ص٤. وذكره ابن عبد البر فـي جـامع بـيان العلـم وفضله، في باب النصوص حين نزول النازلة،وذكر الحديث بسنده كاملاً ،-ابن عبد البر،يوسف بن عمر،(ت٤٩٣هـ).جامع بيان العلم وفضله،٢ج في م١ ،دار الكتب العلمية،بيروت،ج٢،ص٥٦.

(٣) ابن الهمام ،شرح فتح القدير ، ص٣٥٧.

(٤) – الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف ، ص٢٢.

– ابن قدامة ،المغني ،ج٩،ص٣٩.

– البهوتي ،كشاف القناع ، ج٦،ص٣٤٩.

٢-حديث " من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد ".(١)

-وجه الدلالة :هذا الحديث قاعدة عظيمة من قواعد الإسلام،وهو من جوامع كلمه-صلى الله عليه وسلم-،فإنه صريح في رد البدع ، وهو أحد أركان الشريعة لكثرة ما يدخل تحته من الأحكام،وقوله" فهو رد" أي مردود، فأطلق اسم المصدر على اسم المفعول،قال أهل العربية: الرد هنا بمعنى المردود،ومعناه فهو باطل غير معتد به، ويستدل به على إبطال جميع العقود الممنوعة وعدم وجود ثمرتها ،فالحكم بغير ما أنزل الله مردود يجب نقضه لأنه باطل.(٢)

-من الآثار :

١- عن عمر -رضي الله عنه- أنه دعا قاضياً كان بالشام،فقال له :"بما تقضي" قال :"أقضي بما في كتاب الله تعالى" قال:" فإذا لم تجد في كتاب الله تعالى " قال :"أقضي بما قضى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- " قال :" فإذا لم تجد في ما قضى به رسول الله -صلى الله عليه وسلم- " قال :"أقضي بما قضى به أبو بكر وعمر رضي الله عنهما " قال :" فإذا لم تجد في قضائهم "قال :"أجتهد رأيي".

وقد أصاب هذا القاضي، فهو مطلوب منه القضاء بما في كتاب الله ،فإن لم يجد فالرسول -صلى الله عليه وسلم- أسوة حسنة،وقد أمرنا باتباعه والاقتداء به ،فإن لم يجد فبما قضى به أبو بكر وعمر،وقد أمرنا بالتمسك بسنة الخلفاء الراشدين ،وبالعض عليها بالنواجذ فإن لم يجد، فالاجتهاد والرأي برد الحكم والحادثة إلى أشباهها،فلما سمع عمر بما سيحكم به هذا القاضي،وبما سيستند إليه في حكمه،قال:"لا أعزلك عن القضاء ما دمت على هذه الطريقة".(٣)

٢- أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى قاضيه شريح : " إذا جاءك شيء في كتاب الله، فاقض به ولا يلفتنك عنه الرجال ،فإن جاءك ما ليس في كتاب الله،فانظر سنة رسول الله-صلى الله عليه وسلم- فاقض بها، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله،ولم يكن فيه سنة عن رسول الله ،فانظر ما أجمع عليه الناس فخذ به" . (٤)

في ضوء ما تقدم، تبين أن على القاضي أن ينظر في كتاب الله عز وجل،فأن لم يجد بحث في سنة الرسول -صلى الله عليه وسلم-،فهي المبينة الموضحة لما في كتاب الله،فإن لم يجد رجع إلى المسائل المجمع عليها ،والإجماع لم يذكر في حديث معاذ؛ لأنه كمصدر للأحكام لم يظهر إلا

---

(١)سبق تخريجه،ص٦٧.
(٢) ابن دقيق العيد ، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام،ج٤،ص١٦٢.
(٣) السرخسي ،المبسوط ،ج١٦،ص٦٧.
(٤) -الحسام الشهيد، أدب القاضي للخصاف ،ص٢٤.
- البيهقي ، السنن الكبرى ،ج١٠،ص١١٥.

بعــد وفاة الرسول –صلى الله عليه وسلم–،أما في حياته فلم يكن الإجماع مصدراً للأحكام،فإن لم يجد فعليه أن يجتهد في الوصول إلى الحكم الشرعي في الحادثة المنظورة بين يديه (١) .

ويقــول الإمــام القرطبــي في شأن قوله تعالى :" **فردوه إلى الله ورسوله** " وليس لغير العلماء معرفة كيفية الرد إلى الكتاب والسنة (٢).

فالــرد إلــى الكــتاب والسنة يحتاج إلى من هو أهل لهذه المهمة ،وإذا كان ابن فرحون قال في زمانــه :" وأمــا رتــبة الاجتهاد فإنها في المغرب معدومة " (٣). فلذلك أجاز الفقهاء أن يلي القــضاء المقلد ويحكم باجتهاد غيره ، فأجازوا أن يتولى المقلد حتى لا تتعطل الأحكام،وتحل بين الــناس النزاعات ،وقد تقدم ذلك في شروط القاضي ،ولكن هذا القاضي الذي يتولى القضاء،وهو لــيس من أهل الاجتهاد والنظر في أقوال الفقهاء ،هل يجوز أن نضع الأحكام الشرعية الخاصة بالقضاء على شكل مواد قانونية،يضعها أهل العلم والاجتهاد لتكون مرجعاً للقاضي يحكم به؟وهل يجوز التقنين ؟

والمــراد بالتقنين: جمع القواعد القانونية المتعلقة بفرع معين،من فروع القانون في شكل كتاب أو مجمــوعة واحدة،وتبويــبها بحــسب الموضوعات التي تنظمها،والمجموعة تظهر على شكل مواد،وتشمل مختلف النصوص الخاصة بالأحكام القانونية المختصة بفرع من فروع القانون.(٤)

هــذه المــسألة مــن المسائل التي طرحت حديثاً فليس للقدماء فيها أقوال ،وأما المعاصرون فقد اختلفوا فيها إلى فريقين :

الفــريق الأول :ويمــثله الأســتاذ محمــد عبده والأستاذ محمد رشيد رضا،والشيخ محمد جعيط والــشيخ أحمد محمد شاكر وأبو الأعلى المورودي والشيخ محمد أبو زهرة والشيخ علي الخفيف والــشيخ حــسنين مخلــوف ،والأستاذ مصطفى الزرقا والدكتور وهبة الزحيلي والدكتور فتحي الدرينــي والشيخ عبد العزيز بن عبد الله آل الشيخ والأستاذ عبد الوهاب خلاف والأستاذ بدران أبــو العينــين والأســتاذ عــبد الكريم زيدان والأستاذ محمد مدكور والدكتور محمد نعيم ياسين والدكتور عبد الرحمن القاسم كلهم أجازوا تقنين الأحكام الفقهية .(٥)

وممّ اعتمد عليه أنصار هذا القول :

---

(١) عبد الكريم زيدان ،نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ،ص٢١٠.
(٢) القرطبي ،الجامع لأحكام القرآن ،ج٥،ص٢٦٠.
(٣) ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص١٨.
(٤) الأشقر ،الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ،ص١٤.
(٥) أبو البصل ،نظرية الحكم القضائي،ص٢٨٣.

١- أن الـزمان الـذي تفـسد قلوب أهله،ويشح فيه العلم ويندر فيه وجود مجتهد أهلٌ لاستنباط الأحكام، لهو أولى الأزمنة بوضع الأحكام الفقهية على شكل قانون يضعه كبار علماء الأمة ومجتهدوها، فيتخيرون الراجح من أقوال العلماء والأقرب إلى تحقيق مصالح الأمة، هذا إذا كانت المسألة من المسائل المجتهد فيها، أما إذا كانت من المسائل المقطوع بها في النصوص أو الإجماع،فيـنص علـيها كمـا وردت،ويلتزم بها قضاة الأمة،ويكتسب الحكم الذي يصدر معتمداً على ذلك القانون،الذي حوى الأحكام الفقهية الموضوعية بهذه الطريقة،الحجية الكاملة للأحكـام ،وإلـزام ولي الأمر القضاة بهذا القانون فيه جبراً لهم وللمتخاصمين ،فيجب على القضاة طاعة الإمام، فمن حق الإمام أن يقيد المباح ، ومن حقه تعيين بعض الأفراد ليحتملوا القـيام بفـرض الكفايـة ،ويكـون فـي حقهـم فـرض عين ،وهذا الإلزام ليس كالإلزام بنـصوص الكـتاب والـسنة؛ لأنـه مؤقت قد يتبدل ويتغير باجتهادات الفقهاء،لما هو أنفع للأمة،وأكثـر مناسـبة للظـروف و المستجدات،فإذا ألزم الإمام بالاجتهاد الجديد أصبح هو الملـزم،كما أن القاضـي المسلم إنما استمد ولايته من الإمام وليس له أن يخالف ما قيده به الإمـام عـند توليته ،فإذا كان الإمام يقيد قائد الجيش بأوامر معينة يلتزم بها، فتقييد القاضي برأي اجتهادي مبني على مشورة العلماء من باب أولى. (١)

٢-أن هذه المسألة مبنية على مسألة بحثها السلف ،وهي هل يجوز للإمام أن يقيد القضاة بمذهب معين ،وقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

-**القول الأول:** أجاز الحنفية والمالكية في الراجح،والشافعية في قول تقييد القاضي بمذهب معين، وإن تولى الحكم على هذا الشرط وحكم بغيره ،كان حكمه باطلاً ومردوداً؛لأنه معزول عن الحكم بغيره .

واسـتدلوا لذلك بالمصلحة والضرورة ،فلا يوجد من المجتهدين من يغطي حاجة الأمة من القضاة،ولا بد من نصب القضاء ،وإلا تعطلت مصالح الناس وأكل بعضهم حقوق بعض(٢).

---

(١) ياسين ،حجية الحكم القضائي ،ص٦٨.
(٢)- ابن عابدين،الدر المختار ،ج٥،ص٤٠٨.
-الدسوقي ،حاشية الدسوقي ،ج٤،ص٢٥٦.
-ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص٤٥.
-الشيرازي،المهذب ،ج٣،ص٢٧٩.

-**القــول الثانـــي** : مــنع توليــة القاضـــي مـــع اشـــتراط تقيـيده بمذهــب معيــن ،وهـــو قول للمالكية والشافعية في الراجح والحنابلة والظاهرية .

واســتدلوا علـــى ذلك بقوله عز وجل :"**فاحكم بين الناس بالحق**"(١)فالحق ما دل عليه الدليل، وذلك لا يتعين بمذهب بعينه .

فــإن قلد على هذا الشرط بطلت الولاية عند المالكية في قول والشافعية والظاهرية لبطلان الشرط الذي علقت عليه (٢) ، وبطل الشرط وصحت التولية عند الحنابلة .(٣)

وجــه الدلالة: من هذه المسألة القول الأول الذي أجاز تقييد القاضي بمذهب معين ،وقياس التقنين عليه ،وهو الراجح للضرورة والمصلحة التي أشاروا إليها .

٢- إن اســتخراج قانون من الشريعة أصبح واجبا محتوما ؛ خشية أن يدخل بلادنا قانون أجنبي لــم ينبع من الإسلام، والقاضي ملزم بتنفيذ ما يأمره به ولي الأمر،وولي الأمر له تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة .

٣- عــدم تقنين الأحكام يتنافى مع عالمية الشرائع،التي توجب أن يكون المكلف على علم مسبق بحكــم أعمالـــه وتصرفاته في القانون الذي سيقضي به القاضي له أو عليه،وإلا كان القضاء فوضى،والمكلف لا يعرف كيف يكون ملتزماً بالقانون؛ لأنه لا يعرف ما سيؤدي إليه اجتهاد القاضي واختياره،وأن القضاة هم وكلاء عن الإمام ونواب له، والوكيل ملزم بالتقيد بالوكالة المعطاة له ،فإذا ألزمه الإمام بقانون أو مذهب معين كان عليه التزامه . (٤)

الفــريق الثانـــي : وقد منع آخرون تقنين الأحكام الشرعية،وإلزام القضاة بها،كالشيخ محمد أمين الشــنقيطي والشــيخ عــبد الله البسام والشيخ بكر أبو زيد ،إلا أن عدم التقييد بمذهب ليس على إطلاقه في السعودية،فقد صدر قرار ينص على اعتماد بعض كتب المذهب الحنبلي، وهما كشاف القناع وشرح منتهى الإرادات وكلاهما للبهوتي . (٥)

وقد أعاد الدكتور عمر سليمان الأشقر المناداة بتقنين الأحكام في البلاد العربية الإسلامية في أواخر الدولة العثمانية إلى أمرين :

---

(١) سورة ص ،آية ٢٦.
(٢)-ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص٤٥.
- الشيرازي ،المهذب ،ج٣،ص٢٧٩.
-البهوتي ،شرح منتهى الارادات ،ج٣،ص٤٩١.
-ابن حزم،المحلى،ج٩،ص٣٦٣.
(٣) البهوتي ،شرح منتهى الارادات ،ج٣،ص٤٩١.
(٤) أبو البصل ،نظرية الحكم القضائي ،ص٢٨٦.
(٥)المصدر نفسه ،ص٢٩٥.

١- التأثر بالتوجه الذي سار في الغرب وبخاصة أوروبا ،فقد وضعت فرنسا قوانين، وتبعتها أكثر الدول العربية في ذلك .

٢- الضيق الذي كان يحس به بعض الفقهاء،بسبب إلزام القضاة بمذهب فقهي واحد ،فقد ثبت من خلال التطبيق،عدم صلاحية بعض الأحكام في المذاهب التي يجري العمل عليها آنذاك ،وكان من الواجب أن لا نتابع الغرب فيما وصلوا إليه، فالخير في الانفتاح على جميع مذاهب أهل السنة ،واختيار الحكم الأقوى دليلاً؛ فالعصمة للأحكام المستمدة من الشرع ،وكانت الدعوى في أول الأمر إلى تقنين أحكام الفقه وانتهت بنبذ الفقه كله والشريعة، والأخذ بالقوانين الغربية في كثير من البلاد العربية والإسلامية وأول تقنين للفقه الإسلامي كان في عام ١٩١٧م،بما سمي بقانون حقوق العائلة في الدولة العثمانية، ثم تبعه مجلة الأحكام العدلية التي حوت كثيراً من الأحكام الخاصة بقوانين الأحوال الشخصية، و قانون حقوق العائلة ومجلة الأحكام العدلية مستمدان من مذهب الإمام أبي حنيفة(١).

وقد اختار الدكتور عمر الأشقر التقنين على أن يؤخذ فيه بالأقوى دليلاً من مختلف مذاهب أهل السنة والجماعة من غير تعصب لواحد منهم .(٢)

-واستدلوا على ذلك بما يلي :

١- الآيات الواردة في سورة المائدة تحذر من الحكم بغير ما أنزل الله ،وتبين عاقبة ذلك ففي آية قال عنهم الله هم الكافرون، وفي أخرى هم الظالمون، وفي أخرى هم الفاسقون، فقال تعالى :

" ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون " (٣) .

" ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون "(٤).

" و من لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون" (٥).

قال القرطبي : ومن لم يحكم بما أنزل الله،فأولئك هم الظالمون والكافرون والفاسقون، نزلت كلها في الكفار،أي ومن لم يحكم بما أنزل الله،رداً للقرآن وجحداً بقول الرسول -صلى الله عليه وسلم- فهو كافر ،قال ابن عباس ومجاهد :والآية عامة على هذا ،قال ابن مسعود والحسن: هي عامة في كل من لم يحكم بما أنزل الله من المسلمين واليهود والكفار،أي معتقداً ذلك ومستحلاً له ،وأما من فعل ذلك وهو معتقد أنه فعل محرم فهو من فساق المسلمين،وأمره إلى الله إن شاء عذبه أو

---

(١)الأشقر ،الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ،ص١٤.
(٢)المصدر نفسه ،ص٢٠.
(٣) سورة المائدة ،آية٤٤.
(٤) سورة المائدة ،آية٤٥.
(٥) سورة المائدة ،آية٤٧.

غفـر لـه ،وقـال ابن عباس في رواية: ومن لم يحكم بما أنزل الله،فقد فعل فعلاً يضاهي أفعال الكفار، ، فأقل وصف يوصف به من لم يحكم بما أنزل الله أنه فاسق ظالم ، (١) والتقنين والإلزام به حكم بغير ما أنزل الله.

٢-أن الله أمـر عند التنازع بالرد إلى الله والرسول ،وليس إلى قول مقنن قال تعالى :" **فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول** "(٢) والحق لا يتقيد بمذهب أو قانون .

٣- أن التقنين حجر على اجتهاد القاضي .

٤- أنه يؤدي إلى أن يحكم القاضي بخلاف ما يعتقد وهذا لا يجوز .

٥- أن السلف الصالح لم يقننوا الأحكام في القرون الأولى .(٣)

والـراجح هـو جواز التقنين، فعدم قيام السلف بتقنين الأحكام، لا يدل على عدم جوازه، ولكل زمان رسمه وحكمه ،فما كان يكفي في عهد السلف من القضاة، كان يمكن أن يغطى بأهل الاجتهاد،أما في العصر الحاضر ،فقد ازداد عدد المسلمين،وازدادت الحاجة إلى القضاة ،ولا يمكن أن نجـد فـي هـذا الـزمان من المجتهدين،وأهل القدرة على النظر في الأدلة،من يغطي حاجة القضـاء،فإذا كـان ابـن فـرحون والغزالـي والآمدي قد أجازوا التقليد في زمانهم لعدم وجود مجتهديـن،فقال ابن فرحون:"ورتبة الاجتهاد في المغرب معدومة "(٤)،وقال الغزالي:"وإن حكمنا بتنفـيذ حكـم المقلديـن في زماننا لضرورة الوقت "(٥)،والآمدي:"فإن قضينا بصحة حكم المقلد ضـرورة فـي عدم المجتهد في زماننا "(٦)،فكيف الحال في زماننا،فالضرورة أشد ، فيقوم كبار مجـتهدي الأمة بدراسة المسائل المتعلقة بالأحكام القضائية،ودراسة أدلتها ثم الوصول إلى الرأي الراجح فيها،ثم وضع ما توصلوا إليه على شكل مواد قانونية .

وفـي هـذه الحالة يتمكن القاضي غير المجتهد،وهذا حال أغلبهم بالقيام بتطبيق هذه الأحكام القانونـية علـى الحـوادث ،والوصول إلى حكم صائب مستنده مواد قانونية،وضعها كبار فقهاء الأمـة في ذلك العصر، مستندين في ذلك إلى نصوص الكتاب والسنة،واجتهادات من سبقهم من الفقهـاء ،وإن طـرأ تغيير على واقع الناس،ثبت من خلاله أن هذا الحكم القابل للتغيير في نظر الشـرع،لم يعـد يتناسب مع واقع الناس وحالهم،أعادوا النظر في المادة القانونية التي تحتاج إلى إعادة نظر،واجتهدوا فيها وتوصلوا إلى ما يصلح لحال الناس،بما لا يتعارض مع شرعنا وديننا

---

(١) القرطبي ،الجامع لأحكام القرآن ،ج٦،ص١٩٠.
(٢) سورة النساء،آية٥٩.
(٣)أبو البصل ،نظرية الحكم القضائي ،ص٢٩٦.
(٤)ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص١٨.
(٥)الغزالي،المستصفى،ج٢،ص٣٨٣.
(٦)الآمدي،الإحكام في أصول الأحكام،ج٤،ص١٧٦.

وكتاب ربنا وسنة نبينا -صلى الله عليه وسلم- ،وعلى القاضي في هذه الحالة الالتزام بهذا القانون ،ولا يجوز له القضاء بغيره؛ لأنه وليّ على أن يقضي به،فهو معزول عن القضاء بغيره، كما تقدم في كلام الفقهاء،فالقاضي مطبق للقانون وليس مشرعاً،وإن رأى من خلال التطبيق خللاً في مادة قانونية،قام بالتوصية إلى اللجان المختصة،وإلى قضاة محاكم الاستئناف للنظر في هذه المادة ،وتجتمع هذه اللجان وتقرر ما تراه مناسباً،باستشارة كبار القضاة والفقهاء ، وهذا يؤدي إلى استقرار الأحكام،وثبوت حجيتها ومعرفة الناس من خلال هذه المواد القانونية ما لهم وما عليهم، كما أن عدم مواكبة مستجدات العصر،قد يوصل إلى تطبيق القوانين الغربية لعدم وجود قانون شرعي معين يلزم به الحاكم ،فالتقنين في زماننا ضرورة لا بد منها،وإن خالف القاضي القانون الذي عين وولي على أن يقضي به،فحكمه باطل وقضاؤه مردود .

فالحكم القضائي إذا خالف حكم الله فهو باطل ومردود، سواء كانت مخالفته للكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس أو غيرها ،وقد بين الفقهاء ذلك وذكروا له الأمثلة ومنها :

١- بطلان الحكم القضائي لمخالفته القرآن الكريم :

اتفق الفقهاء على بطلان الحكم القضائي إذا وقع مخالفاً لما جاء في القرآن الكريم ،والمراد بالقرآن الكريم هنا قطعي الدلالة ،الذي لا يقبل التأويل .(١) ومثل له الفقهاء بما يلي:

١- إذا قضى القاضي لشخص بحل أم امرأته كان حكمه باطلاً وقضاؤه مردوداً لا ينفذ؛ لقوله تعالى:"**حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم**"(٢).(٣)

٢- القضاء بشهادة الكافر لمسلم،فهذا الحكم يجب نقضه وإبطاله ؛لأنه مخالف لقوله تعالى:"**وأشهدوا ذوي عدل منكم** "(٤).(٥)

---

(١)- الميرغناني ،الهداية شرح البداية ،ج٦،ص٣٩٣.
- ابن عابدين ،رد المحتار ،ج٥،ص٤٠٠.
-الحسام الشهيد ،شرح أدب القاضي للخصاف ،ص٣٠٣.
-القرافي ،الذخيرة ،ج١٠،ص١٣٩.
-الجعلي،عثمان بن حسنين.سراج السالك شرح أسهل المسالك،١م،المكتبة الثقافية،بيروت،١٩٨٨،ج٢،ص٢٠١.
-النووي ،المجموع،ج٢٠،ص١٥٠.
-ابن مفلح المبدع،ج١٠،ص٤٩.
-ابن حزم ،المحلى،ج٩،ص٣٦٢.
(٢) سورة النساء ،آية ٢٣.
(٣) ابن الهمام ،شرح فتح القدير ،ج٦،ص٣٩٣.
(٤)سورة الطلاق،آية ٢.
(٥)-القرافي ،الذخيرة،ج١٠،ص١٣٩.
- الجعلي،سراج السالك شرح أسهل المسالك،ج٢،ص٢٠١.

أمـــا إذا خالف الحكم نصاً قرآنياً موضع اجتهاد، ويقبل التأويل، فلا ينقض الحكم ؛لأنه اجتهاد في موضع يقبل الاجتهاد. ومثل له الفقهاء بالقضاء بحل متروك التسمية عمداً فهذا الحكم مخالف لقو له تعالى : "**ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق** " (١)،ومع ذلك لا يكون الحكم باطلاً؛ لأن هذا النص يقبل التأويل فهو مؤول بالمذبوح للأنصاب أيام الجاهلية،فالحكم اجتهاد في موضع يقبل الاجتهاد فلا يكون باطلاً .(٢)

٢- بطلان الحكم القضائي لمخالفته السنة :

اتفــق الفقهــاء علـــى بطـــلان الحكم القضائي،إذا وقع مخالفاً للسنة الصحيحة الثابتة قطعية الدلالة(٣) ، مثل :

-الحكــم بثبوت الحل بالعقد دون الوطء في المطلقة ثلاثاً؛ وذلك لمخالفته للحديث الصحيح الثابت عــن النبـــي -صلى الله عليه وسلم-المشهور بحديث العسيلة (٤)،الذي ترويه عائشة،ونصه:"عن عائشـــة رضـــي الله عـــنها أن رفاعـــة القرضـــي تـــزوج امرأة ثم طلقها فتزوجت آخر،فأتت النبـــي -صـــلى الله عليه وسلم- فذكرت له أنه لا يأتيها،وأنه ليس معه إلا مثل هدبة فقال : " لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك" (٥) .

فهـــذا الحكـــم باطل لا ينفذ ، فالنبي -صلى الله عليه وسلم- اشترط الوطء ولم يكتفِ بمجرد العقد، فهذا الحكم خالف السنة الثابتة قطعية الدلالة .

---

(١) سورة الأنعام،آية١٢١.
(٢) ابن الهمام ،شرح فتح القدير ،ج٦،ص٣٩٣.
(٣) - الميرغناني ،الهداية شرح البداية ،ج٦،ص٣٩٣.
- ابن عابدين ،رد المحتار ،ج٥،ص٤٠٠.
-الحسام الشهيد ،شرح أدب القاضي للخصاف ،ص٣٠٣.
-ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٥٦.
-الجعلي ،سراج السالك شرح أسهل المسالك،ج٢، ص٢٠١.
-الشافعي،الأم،ج٦،ص٢٠٤.
-النووي ،المجموع،ج٢٠،ص١٥٠.
-ابن مفلح المبدع،ج١٠،ص٤٩.
-ابن حزم ،المحلى،ج٩،ص٣٦٢.
(٤) ابن عابدين ،رد المحتار ،ج٥،ص٤٠٠.
(٥) أخـرجه الـبخاري فـي كـتاب الطلاق، باب إذا طلقها ثلاثاً ثم تزوجت بعد العدة زوجاً غيره،فلم يمسها، واللفظ له.
-البخاري،صحيح البخاري،ج٥،ص٢٠٣٧.
ومسلم في كتاب النكاح،باب لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره.
-مسلم،صحيح مسلم بشرح النووي،ج١٠،ص٣.

أمـــا إذا خـــالف الحكـــم نصاً من السنة موضع اجتهاد ويقبل التأويل فلا ينقض الحكم ،ومثل الفقهـــاء لذلك بالقضاء بالنكاح بغير شهود ،فهذا الحكم مخالف لقوله –صلى الله عليه وسلم– :"لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد"(١).

فهـــذا موضـــع مختلف فيه،فبعض العلماء يشترطون إعلان النكاح لا الإشهاد،وهذا الخلاف معتبر ؛لأن الموضع موضع اجتهاد.(٢)

فـــلا يـــنقض الحكـــم القضـــائي فـــي هـــذه الحالـــة ؛لأن القاضي حكم باجتهاده فيما يقبل الاجتهاد (٣) .

٣–بطلان الحكم القضائي لمخالفته الإجماع: (٤)

والإجمــــاع: اتفـــاق علمـــاء العصـــر من أمة محمد –صلى الله عليه وسلم –على أمر من أمور الدين(٥).

ويحـــرم مخالفة الإجماع ونسبة الأمة إلى تضييع الحق ،ويقدم الإجماع على باقي الأدلة؛لأنه قاطع معصوم عن الخطأ ،سالم من النسخ أو التأويل (٦) .

---

(١)أخرجه أبو داود في كتاب النكاح ،باب في الولي ،ج٢،ص٢٣٥.وابن ماجه في كتاب النكاح في باب لا نكاح إلا بولي ،ج١،ص٦٠٥.وأخرجه الترمذي في كتاب النكاح ،باب ما جاء في لا نكاح إلا بولي ،ج٣،ص٤٠٧.

(٢) ابن الهمام ،شرح فتح القدير ،ج٦،ص٣٩٥.

(٣)واستدل من قال بعدم اشتراط الإشهاد بأنه لم يصح في الإشهاد دليل، حيث ضعفوا الأحاديث الواردة في اشتراطه،ولو كان واجباً لبينه–صلى الله عليه وسلم– مع شدة الحاجة إليه،وإنما الواجب إعلان النكاح،وليس الإشهاد . –الأشقر،الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني،ص١١٦. وقد فصل المسألة بأدلتها .

والـــراجح صحة اشتراط الإشهاد ؛وذلك لأن الحديث قد حسنه الترمذي ،فقال فيه :حديث حسن .الترمذي ،سنن الترمذي،ج٣،ص٤٠٧. كما نقل ابن حجر في بلوغ المرام أن الحديث صححه ابن المديني وابن حبان .

–الصنعاني ،سبل السلام شرح بلوغ المرام ،ج٣،ص٩٨٧.

(٤)–الميرغناني،الهداية شرح البداية،ج٦،ص٣٩٣.

–ابن فرحون،تبصرة الحكام ،ج١،ص٥٦.

–القرافي،الذخيرة،ج١٠،ص١٣٩.

–الشافعي،الأم،ج٦،ص٢٠٤.

–النووي،المجموع،ج٢٠،ص١٥٠.

–ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص٥٨.

–ابن حزم،المحلى،ج٩،ص٣٦٢.

(٥) ابـــن قدامة،روضــــة الناظر وجنة المناظر ،ج١،ص٣٣١. ويضاف إلى التعريف بعد وفاته –صلى الله عليه وسلم– وذلك لأن الإجماع يكون بعد وفاته –صلى الله عليه وسلم– كما بين ابن بدران في شرحه لروضة الناظر المســـمى "نزهة الخاطر العاطر شرح روضة الناظر"، قال بأن هذا التعريف مشابه لما ذكره الغزالي، وبالرجوع إلى المستصفى ، وجدنا الغزالي قد عرف **الإجماع** بأنه اتفاق أمة محمد خاصة على أمر من الأمور الدينية .

–الغزالي،المستصفى،ج١،ص١٨١.

وتقييد العلماء بعصر من العصور أصح لأنه لا يمكن أن تتفق الأمة على أمر من بعثته –صلى الله عليه وسلم– إلى يوم القيامة ،كما ذكر ابن بدران في نزهة الخاطر .

–ابـــن بدران،عـــبد القادر بن أحمد بن مصطفى.نزهة الخاطر العاطر شرح روضة الناظر وجنة المناظر،ط٢ ، ٢م،مكتبة المعارف،الرياض،١٩٨٤م.ج١،ص٣٣٢.

(٦)–الغزالي،المستصفى،ج١،ص١٩٨.

–الفتوحي،شرح الكوكب المنير،ص٦٣٢.

-ومن أمثلة مخالفة الإجماع :

١-حل نكاح المتعة المخالف لإجماع الصحابة رضي الله عنهم،كقوله متعيني بنفسك لعشرة أيام، فهذا لا ينفذ ،بخلاف النكاح المؤقت بدون لفظ المتعة فإنه ينفذ،ويلغى التوقيت فينعقد مؤبداً ، فالقضاء بنكاح المتعة خلاف الإجماع الواقع من الصحابة رضي الله عنهم (١) ،فإذا رفع إلى قاضٍ آخر أبطله ولم ينفذه (٢) .

٢-الحكم ببطلان قضاء القاضي في المجتهد فيه. (٣)

٣-الحكم باختصاص الأخ بالإرث،وحرمان الجد لأن الأمة كلها على قولين :-

أحدهما :مقاسمة الجد للإخوة وعليه الأكثر ، والثاني اختصاص الجد بالأرث وحرمان الأخوة، ولم ينقل عن أحد من الأمة القول بحرمان الجد ؛ لأن الأخ يولى بالبنوة،والجد يولى بالأبوة، والأبوة مقدمة على البنوة ،ومن حكم بتقديم الأخ وحرمان الجد ،قدم البنوة على الأبوة . (٤)

وإذا اجتمعت الأمة في مسألة على قولين ،فالمصير إلى قولٍ ثالث خرق للإجماع،فهذا ينسب الأمة إلى تضييع الحق ،إذ لا بد للقول الثالث من دليل ونسبة الأمة إلى تضييعه والغفلة عنه محال .(٥)

٤-بطلان الحكم القضائي لمخالفته القياس :

والقياس الجلي:هو ما كانت العلة فيه منصوصة ،أو كان قد قطع فيه بنفي الفارق بين الأصل والفرع.(٦)

وينقض الحكم المخالف للقياس الجلي؛ لأن مخالفته مخالفة للأصل الذي ألحق به، وبه قال المالكية والشافعية والحنابلة في قول .(٧)

---

(١)ابن عابدين ،رد المحتار ،ج٥،ص٤٠١.
(٢) الحسام الشهيد،أدب القاضي للخصاف ،ص٣٠٦.
(٣)البابرتي،محمد بن محمود،(ت٧٨٦ه).العناية على الهداية،دار إحياء التراث العربي،بيروت،ج٦،ص٣٩٣.
(٤)-ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص٥٦.
- الجعلي ،سراج السالك شرح أسهل المسالك ،ج٢،ص٢٠١.
(٥)-الغزالي،المستصفى،ج١،ص١٩٩.
-الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٣١٢.
(٦)الآمدي ،الإحكام في أصول الأحكام،ج٤،ص١٧٦.
(٧) - الجعلي ،سراج السالك شرح أسهل المسالك ،ج٢،ص٢٠١.
-أبو البركات ،الشرح الكبير ،ج٤،ص١٥٣.
- ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص٥٦.
-ابن ابي الدم،أدب القضاء،ص١٢٥.
-ابن حجر ،تحفة المحتاج،ج٤،ص٣٦٥.
-الفتوحي،شرح الكوكب المنير ،ص٦١٢.
-ابن مفلح،المبدع،ج١٠،ص٤٩.

٦-بطلان الحكم القضائي لمخالفته لأقوال الفقهاء :

وذلك لأن الحق لا يعدو أقوالهم (١)، والقضاء بما هو خارج عنها كلها ،قضاء باطل.
أما إذا خالف الحكم قول أحد الأئمة ،فلا يسوغ نقضه ،لا سيما إذا كان موافقاً لنص من الكتاب أو السـنة ،فلم يجعل الله تعالى ولا رسوله -صلى الله عليه وسلم-،ولا أحدٌ من الأئمة قول فقيه من الأئمة بمنزلة نص الله ورسوله -صلى الله عليه وسلم- بحيث يجب اتباعه ويحرم خلافه.(٣)

ولا يتصـور أن يأتـي أحد بقول جديد بمسألة بحثها السلف ،أما إذا كانت المسألة من القضايا المستجدة ولم يسبق طرحها ،فستكون الأقوال فيها جديدة ،لم يقل بها من سبق من الفقهاء .

٧- بطلان الحكم القضائي لعدم الدليل :

فـلا يجوز القضاء بغير دليل ،ويجب أن يكون مستند القاضي في حكمه أحد الأدلة من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس،أما إذا كان قولاً بلا دليل،فهذا حكم باطل يستحق النقض.(٤)

٨-بطلان الحكم القضائي لمخالفته المذهب الملزم للقاضي: يجوز أن يقلد القضاء على أن يحكم القاضي بمذهب معين ،وذلك عند من يقول بذلك. وقد تقدمت المسألة في حكم التقنين .

فـلا يجوز للقاضي أن يخالف المذهب الذي ألزم به ؛لأنه كما تقدم معزول عن القضاء بغيره "إن ولي الحكم بقول معين فحكم بغيره فحكمه بقول غيره باطل، ولو حكم به قصداً ؛لأنه معزول عـن الحكـم بـه "(٥)،أي معـزول عـن القضـاء بخلاف ما ألزم به ،وهذا ينطبق على تقنين الأحكـام ،فـلا يجـوز للقاضي أن يحكم بغير القانون الذي ألزم وولي للحكم به،وإن حكم بغير القـانون الـذي عيـن ليحكم به فحكمه باطل. فالقانون يحدد للقاضي بما يحكم ،والقاضي ملزم بالحكم بالقانون ،وإذا خالف القاضي في حكمه القانون كان حكمه باطلاً ومردوداً ،بل إن القاضي ملـزم ببـيان المـواد القانونية التي استند إليها في حكمه،وإذا لم يبين ذلك في قرار الحكم يكون الحكم باطلاً،وسيأتي تفصيلاً في بطلان الحكم لخلل في إصداره .

---

(١)-الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٢٩٩.
-الكاساني ،بدائع الصنائع ،ج٧،ص٤.
-السيوطي ،عبد الرحمن ابن أبي بكر ،(ت٩١١هـ)،الأشباه والنظائر ،١م،المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع ، بيروت،١٤٠٣هـ، ج١،ص١٠٥.
-البهوتي ،شرح منتهى الإرادات ،ج٣،ص٤٩٢.
-ابن حجر ،تحفة المحتاج،ج٤،ص٣٦٥.
(٣)ابن القيم،إعلام الموقعين،ج٤،ص٢٢٤.
(٤)-البابرتي ،العناية على الهداية ، ج٦،ص٣٩٣.
- السيوطي ،الأشباه والنظائر ،ج١،ص١٠٥.
-ابن حجر ،تحفة المحتاج،ج٤،ص٣٦٥.
(٥)-الدسوقي ،حاشية الدسوقي ،ج٤،ص٢٥٦.
-ابن عابدين،رد المحتار،ج٥،ص٤٠٨.
-ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٤٥.

-المبحث الرابع : بطلان الحكم لخلل يرجع إلى أطراف الخصومة :

نقصد بأطراف الخصومة،الركن الرابع والركن الخامس من أركان ومقومات الحكم القضائي، وهما المقضي له والمقضي عليه ،والمقضي له هو الشرع في حقوق الله تعالى المحضة،والعبد فيما تمحض فيه حق العبد أو غلب،والمقضي له هو من صدر الحكم لصالحه ، وبالمقابل المقضي عليه هو من صدر الحكم لغير صالحه،وقد يكون المقضي له المدعي ،وقد يكون المدعى عليه ،فالقضاء نصب لفصل الخصومة وإظهار الحق ،فإذا كان الحق معروفا قبل أن يحكم القاضي ،والمحق هو المدعي دائما،فما فائدة نصب القضاء ،فلا يحكم للمدعي إلا إذا أقام البينة على دعواه ،وكانت مثبتة ومصدقة لما يدعي ، وقد يكون الحكم لصالح المدعى عليه،فيمنع المدعي من مخاصمته أو منازعته أو معارضته في المدعى به،وعليه فأطراف الخصومة مقضي له ومقضي عليه' وهما المدعي والمدعى عليه ،والحكم الفاصل في الخصومة هو الذي يقرر من المقضي له منهما،ومن المقضي عليه،ومن هنا كان لا بد من تحديد المدعي من المدعى عليه ،وعلم القضاء يدور على معرفة المدعي من المدعى عليه ، فإذا عرف القاضي المدعي من المدعى عليه سهل عليه الحكم ، ولكن تحديد المدعي من المدعى عليه،ليس بالأمر السهل ، ولكنه لا بد منه ، فلا يستطيع القاضي السير في إجراءات الدعوى،إذا لم تحدد أطراف الدعوى ، حيث أن عبء الإثبات يقع على المدعي ،والجواب واليمين على المدعى عليه،قال في التبصرة " أعلم أن علم القضاء يدور على معرفة المدعى من المدعى عليه؛ لأنه أصل المشكلة ولم يختلفوا في حكم ما لكل واحد منهما،وأن على المدعي البينة إذا أنكر المطلوب،وأن على المدعى عليه اليمين إذا لم تقم البينة "(١).

وجعلت البينة على المدعي،واليمين على المدعى عليه،لحديث ابن عباس أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: "لو يعطى الناس بدعواهم ،لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ،ولكن اليمين على المدعى عليه "(٢).

ورواية أخرى للحديث فيها زيادة ، عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال :"لو يعطى الناس بدعواهم لأدعى أناس دماء رجال وأموالهم ،لكن البينة على المدعي،واليمين على من أنكر " (٣).

---

(١) ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص٩٨.

(٢) أخرجه البخاري،في كتاب التفسير باب إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا.
-البخاري،صحيح البخاري،ج٤،ص١٦٥٧.
ومسلم في كتاب الأقضية ،باب اليمين على المدعى عليه.-مسلم ،صحيح مسلم بشرح النووي ،ج١٢،ص٢.

(٣) رواية أخرى للحديث ذكرها النووي، في شرحه لصحيح مسلم ، حكم عليها الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام بأن إسنادها صحيح،- الصنعاني ،سبل السلام ،ج٤،ص١٤٨٤.

قال النووي :"والحديث قاعدة كبيرة من قواعد أحكام الشرع،فبين أنه لا يقبل قول الإنسان فـيما يدعـيه،بمجرد الدعوى بل لا بد من بينة على صدق دعواه،أو بتصديق المدعي عليه ،فإن أنكر المدعى عليه،كان من حقوق المدعي طلب يمين المدعى عليه بنص الحديث " (١) .

ومن الحكمة أيضاً في كون البينة على المدعي،أن جانب المدعي ضعيف؛ لأنه يدعي خلاف الظاهـر،فكلف الحجـة القويـة ،وهي البينة فيقوي بها ضعفه،أما المدعى عليه فجانبه قوي؛لأن الظاهـر والأصـل فراغ ذمته من دعوى المدعي،فيكتفي منه باليمين وهي الحجة الضعيفة، فمن كان جانبه قوياً طلب منه الحجة الضعيفة،ومن كان جانبه ضعيفاً، طلبت منه الحجة القوية (٢) .

كمـا أن المدعـي يدعـي أمراً خفياً فيحتاج إلى إظهاره،وللبينة قوة الإظهار، فجعلت حجة المدعي ،أما اليمين فلا تصلح حجة مظهرة لحق ،وإن كانت مؤكدة بذكر اسم الله عز وجل ،فمن المدعـي لا تصلح حجة،وتصلح من المدعى عليه ؛لأنه متمسك بالظاهر ،فكان جعل البينة حجة المدعـي،وجعل اليميـن حجـة المدعـى عليه،مـن باب وضع الشيء في موضعه وهو عين الحكمة.(٣)

وبمـا أن تمييز المدعي من المدعى عليه أمر مشكل ،" والتمييز بينهما يحتاج إلى فقه وحدة ذكـاء"(٤)ولا يخلو حد من الحدود التي وضعها الفقهاء من استثناءات ترد عليه،لذلك نجد الفقهاء قد عرفوهما بتعريفات مختلفة،ولكن هذه التعريفات ضوابط وطرق تعين القاضي في التمييز بين المدعي والمدعى عليه،ومن هذه التعريفات أو لنقل المعايير التي ذكرها الفقهاء ما يلي:

١- المدعي من لا يجبر على الخصومة، والمدعى عليه من يجبر على الخصومة (٥).

٢- " المدعى عليه هو المنكر ،والأخر المدعي "(٦) .

٣- " المدعـي مـن يخـبر عمـا في يد غيره لنفسه،والمدعى عليه من يخبر عما في يد نفسه لنفسه "(٧) .

---

(١) النووي ،صحيح مسلم بشرح النووي ،ج١٢،ص٣
(٢) الصنعاني ،سبل السلام ،ج٤،ص١٤٨٤ .
(٣) الكاساني ،بدائع الصنائع ،ج٦،ص٢٢٥.
(٤) علاء الدين أفندي ،تكملة رد المحتار على الدر المختار ،ج٧،ص٤٠٠.
(٥) -الميرغناني ،الهداية شرح البداية (المطبوع مع شرح فتح القدير) ، ج٧،ص١٤٤.
- الكاساني ،بدائع الصنائع ،ج٦،ص٢٢٤.
- علاء الدين أفندي ،تكملة رد المحتار على الدر المختار ،ج٧،ص٤٠٠.
-ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٩٩.
-النووي،روضة الطالبين ،ج٨،ص٢٨٧.
-البهوتي،كشاف القناع،ج٦،ص٣٨٤.
(٦) علاء الدين أفندي ،تكملة رد المحتار على الدر المختار ،ج٧،ص٤٠٠.
(٧) الكاساني ،بدائع الصنائع ،ج٦،ص٢٢٤.

٤- " المدعـــي من يلتمس قبل غيره لنفسه،عيناً أو ديناً أو حقاً ،والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه "(١) .

٥- "المدعـــي من يشمل كلامه على الإثبات،ولا يصير خصماً بالتكلم بالنفي ،فإن الخارج لو قال لـــذي اليد :هذا الشيء ليس لك،لا يكون خصماً مدعياً،ما لم يقل هو لي ،و المدعى عليه من يـــشتمل كلامـــه على النفي فيكتفي به منه ،فإن ذا اليد إذا قال ليس هذا لك،كان خصماً بهذا القدر " (٢) .

٦- " المدعي من يلتمس غير الظاهر ،والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر،ومعناه أن المدعي من ادعـــى باطناً ليزيل به ظاهراً،والمدعى عليه من ادعى ظاهراً ،وإقرار الشيء على ماهيته، والظاهـــر كـــون الأملاك في يد الملاك وبراءة الذمم ،فالمدعي هو من يريد إزالة الظاهر، والمدعـــى علـــيه يـــريد قـــراره على ما كان عليه . واعترض عليه بالمودع إذا ادعى رد الوديعة ".(٣)

٧- "المدعـــي من كان قوله على خلاف أصل أو عرف،والمدعى عليه من كان قوله على وفق أصل أو عرف".(٤)

٨- " المدعـــي مـــن تجردت دعواه عن أمر يصدقه،أو كان أضعف المتداعيين أمراً في الدلالة علـــى الـــصدق،أو اقتـــرن بها ما يوهنها عادة،وذلك كالخارج عن معهود والمخالف الأصل وشبه ذلك ، ومن ترجح جانبه بشيء من ذلك فهو المدعى عليه " .

٩- قـــال أبو عمر بن عبد البر :" إذا أشكل عليك المدعي من المدعى عليه،فواجب الاعتبار فيه أن ينظر،هل هو آخذ أو دافع ، وهل يطلب استحقاق شيء على غيره أو ينفيه ،فالطالب أبداً مدع ،والدافع المنكر مدعى عليه ".

١٠- "المتمسك بالأصل هو مدعى عليه،ومن أراد النقل عنه فهو المدعي " .(٥)

وقـــد ذكـــر المالكـــية أمـــثلة يكون الطالب فيها مدعى عليه،وهو في هذه الحالة صاحب الحجة الضعيفة ، والبينة المرجوحة ،وخصمه هو صاحب البينة القوية الراجحة ؛ لأن الأصل والظاهر يشهد له ومنها :

١- إذا تداعـــى قـــزاز ودبـــاغ جلداً ،فإن الدباغ مدعى عليه؛ لأن العادة والأصل أن الجلد يختص بالدباغ .

---

(١) الكاساني،بدائع الصنائع،ج٦،ص٢٢٤.
(٢) السرخسي،المبسوط ،ج١٧،ص٣١.
(٣)البابرتي ، العناية على الهداية ،ج٧،ص١٤٦.
(٤)ابن فرحون ،تبصرة الحكام ، ج١،ص٩٨.
(٥)المصدر نفسه ،ج١،ص٩٨.

٢- لــو تداعى قاض وجندي رمحا،كان الجندي مدعى عليه؛ لأن الرمح في العادة والظاهر يختص بالجندي وليس بالقاضي .

٣- إذا تنازع عطار وصباغ في مسك أو صبغ،قدم العطار في المسك والصباغ في الصبغ، فينبغـــي فـــي هـــذه الأحوال عند الترجيح، اعتماد العوائد والأعراف والقرائن وظواهر الأحوال (١) .

والتعـــريفات المـــتقدمة جمـــيعها هـــي عبارة عن ضوابط وطرق ووسائل يستعين بها القاضـــي في تحديد المدعي من المدعى عليه،وعلى كثرة هذه التعريفات والطرق والوسائل، إلا أن تحديـــد المدعـــي مـــن المدعـــى عليه أمر مشكل،ويحتاج إلى خبرة قضائية وذكاء حاد من القاضي،ســـيما فـــي المراحل المتقدمة من الدعوى ، وهذا ما أكده ابن فرحون بقوله " أعلم أن علـــم القضاء يدور،على معرفة المدعي من المدعى عليه،لأنه أصل المشكلة ولم يختلفوا في حكم مـــا لكل واحد منهما،وأن على المدعي البينة إذا أنكر المطلوب،وأن على المدعى عليه اليمين إذا لـــم تقم البينة "(٢)، فإن القاضي حين يطلب من المدعي البينة فيجيب المدعى عليه بدفع ،فهذا الدفـــع دعـــوى يشترط فيه ما يشترط في الدعوى ،فالمدعى عليه في هذه الحالة مدع ، والمدعي مدعـــى علـــيه ،فـــإن أجـــاب المدعى عليه على الدفع كان جوابه دفع الدفع دعوى جديدة فيعود المدعـــي الأول مدعيا،والمدعى عليه كذلك وهكذا ،فهذا يحتاج من القاضي شدة الانتباه والحيطة، وتوفـــيق الله وتـــسديده لـــه قـــبل ذلك،فلو خلط بينهما في أي مرحلة من مراحل الدعوى،فاعتبر المدعـــى عليه مدعياً وطلب منه البينة،أو حلف المدعي اليمين ابتداءً كان إجراءً باطلاً،يؤدي في المحـــصلة إلى إبطال حكمه ورد قضائه ،فكل هذه المعايير التي وضعها الفقهاء تعين القاضي في التمييز بينهما حتى يسير في قضائه على بصيرة .

وعـــند أهـــل القانون فإن أطراف الخصومة المدعي والمدعى عليه،والتمييز بينهما يترتب علـــيه أحكامٌ هامة في نظرهم،إلا أنهم لم يجتهدوا في وضع الضوابط والمعايير التي يستعين بها القاضـــي من أجل التمييز بينهما كما هو الحال عند الفقهاء،ومما قالوه أن المدعي هو الشاكي أو الـــبادئ بالخـــصومة،والمدعى علـــيه هو المشكو منه ابتداءً المراد الحكم عليه ، وهذا لا يصلح للكثير من الأحكام،فقد لا يكون الذي يدعي خلاف الأصل والظاهر هو البادئ بالخصومة كما هو الحـــال فـــي الدفع ،فالدفع دعوى من المدعى عليه وليس هو البادئ بالخصومة ،و عبء الإثبات فـــي الدعـــوى الجديـــدة وهـــي الدفع يقع عليه،والمشكو منه قد يكون هو الذي خالف الأصل أو

---

(١)ابن فرحون ،تبصرة الحكام ، ج١،ص١٠١.

(٢) ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص٩٨ .

الظاهـــر،ولو أن القضاء استعان بالضوابط الفقهية في تحديد المدعي والمدعى عليه، لكان أقرب لتحقيق العدالة،لما لهذا التحديد من أهمية تظهر بشكل أوضح في الإجراءات المتخذة في القانون ومنها :

١- أن عـــبء الإثـــبات يقـــع على المدعي دون المدعى عليه،فهو المكلف بإقامة البينة على ما يدعيه،فإن عجز وأنكر المدعى عليه الدعوى،كان له الحق في توجيه اليمين .

٢- أن المدعـــي هـــو الـــذي يتحمل مصاريف الدعوى،إذا حكم فيها بعدم الاختصاص،أو بعدم القبول أو برفض الدعوى أو ببطلان الصحيفة .

٣- تحديد المدعي من المدعى عليه، هو الذي يحدد المحكمة المختصة مكانياً في نظر الدعوى، وهي محكمة المدعى عليه، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .

٤- أن القـــواعد التـــي يخـــضع لهـــا غياب المدعي،تختلف عن القواعد التي يخضع لها غياب المدعى عليه (١) .

والحـــالات التـــي قد تسبب بطلان الحكم، لخلل يعود لأطراف الخصومة ،تناولتها في خمسة مطالب :

(١) ياسين ،نظرية الدعوى ،ص١٩٧.

-المطلب الأول: عدم أهلية الخصوم :

والأهلية لغة : مؤنث الأهلي،والأهلية للأمر الصلاحية له (١).

والأهليـة شرعاً : عبارة عن صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه ،أو: هي صـفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلاً صالحاً لخطاب تشريعي . (٢) ، وهي بوجه عام صـلاحية الشخص لكسب الحقوق،والتحمل بالالتزامات،ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذاك ، والأهلية قسمان :

أ-أهلية وجوب : وهي صلاحية لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه .

ب-أهلـية أداء : وهـي صلاحية الشخص لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعاً (٣) ولأن يباشـر بنفسه التصرفات القانونية،التي يكون من شأنها أن تكسبه حقاً،أو تحمله التزاماً على وجه يعـتد به ، والمقصود بالأهلية هنا أهلية الأداء؛ لأن أهلية الوجوب تثبت لكل شخص ،بان يكون صـاحباً لحـق،أو محملاً بالتزام،أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لمباشرة التصرف من عدمه،والتصرفات بالنسبة لأهلية الأداء ثلاثة أنواع:-

١-تصرفات نافعة للشخص نفعاً محضاً خالصاً كقبوله هبه .

٢- تـصرفات ضـارة بالـشخص ضـرراً محـضاً،وهي التـي تعود إليه بالضرر،كان يهب شخص ماله لآخر،أو ينزل عن دين له لآخر.

٣- تصرفات تدور بين النفع والضرر،كالبيع فهو يعطي ويأخذ .

فالـنوع الأول يحتاج إلى أهلية الأغتناء التي ترتب لصاحبها اغتناءً محضاً،والنوع الثاني يحتاج إلى أهلية التبرع، لأنه سيبذل ماله بلا مقابل.

والنوع الثالث يحتاج إلى نوعين من الأهلية:-

أ- أهلية التصرف بعوض أو بمقابل للبيع و الشراء و الرهن .

ب-أهلـية الإدارة ،وهي التي من شانها التعامل في سبب مع بقائه لصاحبه دون فقده كالإيجار والوديعة .

فالـشخص القـادر علـى إجـراء التـصرفات الـسابقة جمـيعها،تكون أهلية الأداء لديه كاملـة ، وإذا لـم يكـن لـه أن يجـري أي شـيّ منها، كانت أهلية الأداء لديه ناقصة ، وإذا

---

(١)إبراهيم أنيس وآخرون ،المعجم الوسيط ،ج١ص٣٢.
(٢)-التفتازاني ،شرح التلويح ،ج٢،ص١٦١.
-الجرجاني ،التعريفات ،ص٤٠.
-الزرقا،المدخل الفقهي العام،ج٢،ص٧٣٧.
(٣) التفتازاني ،شرح التلويح ،ج٢،ص١٦١.

لـــم يكـــن لـــه أن يجـــري أي شيئاً منها كانت أهلية الأداء لديه معدومة،ومناط وأساس أهلية الأداء هو الإدراك والتمييز، كما أن أهلية الأداء تتأثر بالسن بأن يبلغ راشداً ،أما أهلية الوجوب فمجرد رؤية المولود لنور الحياة تثبت له كاملة، فمناطها الصفة الإنسانية فقط (١) .

والأهلـــية ليـــست شـــرطاً لقبول الدعوى ،وإنما هي شرط لصحة الخصومة،فإجراءات الخـــصومة باطلـــة في حال مباشرتها من شخص لا يمتلك الأهلية لمباشرتها،ومن حق المدعى عليه التمسك بإبطال الحكم،الذي قد يصدر في دعوى باشرها من ليس أهلاً لمباشرتها (٢) .

وجميع التصرفات التي تجري فيها صحة وبطلان كالإدعاء بالحق أمام القضاء ،وكالإقرار بحـــق وكالـــشهادة على حق ،كل ذلك لا بد فيه من أهلية الشخص لممارسته ،وإلا كانت باطلة غير معتبرة لأن الأهلية شرط في صحتها .(٣)

فناقص الأهلية لا يجوز له رفع الدعاوى،وإنما يرفعها عن وليه أو وصيه أو قيمه،ومفاد ذلـــك أنه في حالة مخالفة هذه النصوص،يكون الإجراء مشوباً بالبطلان،ولا يترتب عليه إنعقاد الخـــصومة،و الدفـــع فـــي هـــذه الحالـــة لا يكون بعدم قبول الدعوى،وإنما ببطلان إجراءات الخـــصومة،فإذا رفعت الدعوى من كامل الأهلية ثم عرض له عارض من عوارضها،من جنون أوعـــته (٤)،فأصبح ناقص الأهلية انقطع سير الخصومة دون أن ينال ذلك من صحة الإجراءات الـــسابقة،وبالمقابل إذا رفـــع نـــاقص الأهلـــية الدعوى،وقبل الحكم فيها اكتملت أهليته تستقيم الخـــصومة بأكملهـــا،ولا يقـــبل الدفع ببطلان إجراءات الخصومة في هذه الحالة،(٥) وتشترط الأهلـــية لـــصحة الخـــصومة،وفي ذلك يقول فتحي والي: الخصومة الصحيحة وجود خصمين يعترف لهما القانون بصفة الخصوم،(الأهلية ليكون خصماً) (٦).

---

(١) –الزرقا،المدخل الفقهي العام،ج٢،ص٧٣٧-٧٦٧.
– التفتازاني،شرح التلويح،ج٢،ص١٦٤.
–الشواربي ،الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية ،ص١٩٤٣-١٩٤٧.

(٢) –أبو العينين ،محمد ماهر ، ١٩٨٨،إجراءات المرافعات أمام القضاء الإداري،دار صادر،بيروت،ص٤٣٩.
– طلبة أنور ،١٩٩٩، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية ،٥م،مصر ،دار الكتب القانونية ،ج١،ص٥٧.

(٣) –الزرقا،المدخل الفقهي العام،ج٢،ص٧٣٥.

(٤) الجنون :اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً،وإن كان في أكثر السنة كان جنوناً مطبقاً،وما دونها غير مطبق .
–الجرجاني ،التعريفات ،ص٧٩.
العته آفة توجب خللاً في العقل فيصير صاحبه مختلط العقل ،فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء وبعضه كلام المجانبين وهذا بخلاف السفه،والعته والجنون كلاهما يفقد الأهلية التي مناطها الادراك والتمييز .
–الجرجاني ،التعريفات ،ص١٤٧.
–الشواربي ،الدفوع المدنية ،ص١٩٦٣.

(٥)طلبة، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية ،ج١،ص٥٧.

(٦)والي ،نظرية البطلان في قانون المرافعات ،ص٥٥.

وقد ذكر فارس خوري في أصول المحاكمات الحقوقية،أن الأهلية شرط في اعتبار صحة الدعوى، وعدها الشرط الأول من الشروط الواجب توافرها في المدعي والمدعى عليه (١) ، وعليه يثبت أن أهل القانون على خلاف في اشتراط الأهلية في الخصوم،هل هي شرط في الدعوى أم لا؟ فقد اعتبرها بعضهم شرطاً من شروط الدعوى،و خالف بعضهم و قال: بأنها ليست بشرط، ويحق لأي شخص إقامة الدعوى،ولكنه لا يستطيع مباشرتها،إلا إذا كان أهلاً لذلك ، فإذا باشرها وهو ليس أهلاً لمباشرتها، كان الاعتراض على بطلان الخصومة،وليس على قبول الدعوى كما تقدم ، والذي يظهر أن الأهلية شرط لصحة الخصومة وليست لصحة الدعوى، حيث أن الدعوى حق للجميع سواء كان أهلاً أم لم يكن ،فإن كان أهلاً يباشر الخصومة بنفسه ،وإن لم يكن باشرها عنه وليه أو وصيه أو وكيله .

كما لا تصح الدعوى على المجنون والصبي غير المميز ،وإنما يخاصم عنه وليه أو وصيه، وتصح خصومة الصبي المميز بإذن الولي (٢) .

وأكد على هذا المعنى أبو الوفا بقوله :-"و يشترط لصحة انعقاد الخصومة أن يكون كلٌ من المدعي والمدعى عليه أهلاً للتقاضي،وإلا باشر الدعوى الولي أو الوصي بالنسبة للقاصر "(٣). وفي قانون الأحوال الشخصية اختلف سن الأهلية للزواج بين دولة وأخرى،وفي قانون الأحوال الشخصية الأردني يشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين،وأن يكون كل منهما،قد أتم الثماني عشرة سنة شمسية،إلا أنه يجوز للقاضي أن يأذن بزواج من لم يتم السن،إذا أكمل الخامسة عشرة من عمره،وكان في هذا الزواج مصلحة،تحدد أسسها بمقتضى تعليمات يصدرها قاضي القضاة لهذه الغاية،ويختلف هذا السن في قوانين الأحوال الشخصية ، ففي تونس حدد السن بعشرين سنة للخاطب وسبع عشرة سنة للمخطوبة،ولا يتم العقد دون هذا السن إلا بإذن المحكمة ولأسباب خطيرة ، في دولة الإمارات ثمانية عشر عاماً للفتى وستة عشر عاماً للفتاة وفي سوريا ثماني عشرة سنة للفتى وسبع عشرة سنة للفتاة،و منعت أصول المحاكمات الشرعية في مصر سماع دعوى الزوجة، إذا كان سنها دون ست عشرة سنة،وسن الزوج يقل عن ثماني عشرة سنة،و منعت الموظفين الرسميين من إجراء عقود الزواج قبل هذا السن(٤)، و بموجب هذه الأصول،فالقضايا المتعلقة بالزواج لا تقبل الدعوى من الزوجة ممن هي دون سن

---

(١)خوري ،أصول المحاكمات الحقوقية،ص٢٣٧.
(٢) المصدر نفسه ،ص٢٣٧.
(٣)أبو الوفا ،أصول المحاكمات المدنية ،ص٤٨١.
(٤)الأشقر ،الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ،ص٥٧.

الأهلـــية لمباشرة الخصومة ، ويباشر الدعوى والخصومة عنها وليها ،إلا إذا وصلت السن الذي حدده القانون.

فقـــد اشــــترط الفقهـــاء الأهلية في مباشرة الخصومة،فلا يقبل من غير أهل السير في الدعوى ومباشرتها ،ولا تقبل على من ليس أهلاً للخصومة(١).

ويتضــــح ممـــا تقدم أن الأهلية شرط في صحة الخصومة ،فالحكم الصادر على من لا يتمتع بالأهلية المطلوبة للخصومة يكون حكماً باطلاً .

---

(١) -ابن عابدين،رد المحتار ،ج٧،ص٤٠٤.
-ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص١٠٧ .
-البهوتي ،كشاف القناع ،ج٦،ص٣٨٤.
-ابن حجر ،تحفة المحتاج ،ج٤،ص٤٥٨.
-الحطاب ،مواهب الجليل ،ج٦،ص١٢٧.

- المطلب الثاني: الصفة في الخصوم :-

شــرط الصــفة فــي المدعي والمدعى عليه،وهو أن يكون كل منهما ذا شأن في الخصومة والحق المتنازع عليه ، فصفة الشخص في الدعوى ،هي التي تخول الشخص حق إقامة الدعوى أمــام القضــاء إذا كــان مدعياً ، وإقامتها عليه إذا كان مدعىً عليه بأن يكون ذا شأن في الحق المتنازع عليه .

ويقصد بالشأن الشأن المعتبر في موضوع الدعوى،وإلا فكل فرد بين أفراد الأمة له شأن في أي قضيه من قضاياها،سيما في مجتمع يتصف بالتعاطف والتراحم (١) .

وقــد خلــط بعــض أهل القانون،بين شرط الصفة وشرط المصلحة،فقال بعضهم :أن الصفة في الدعوى هي المصلحة ذاتها،ومن عباراتهم في ذلك :-

" يشــترط لقــبول الدعوى أن تكون للمدعي والمدعي عليه صفه أو شخصية في الدعوى،ويعبر عــن ذلــك أحياناً،بأن يشترط أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة،والأدق في اعتقادنا أن تكون الدعــوى شخصــية"(٢) ،والعبارة يتضح منها أن المصلحة والصفة في نظره شيء واحد ، بينما فــرق بعــض أهــل القــانون بين الصفة والمصلحة ، فقد عد فارس خوري في كتابه أصول المحاكمات الحقوقية المصلحة شرطاً،والصفة في إقامة الدعوى شرطاً،وبين أن كليهما يشترطان في المدعي ، وإن الصفة تشترط في المدعى عليه ولا يشترط المصلحة (٣).

والأقــرب إلى الصواب أن المصلحة تختلف عن الصفة ، فالمصلحة هي :- الفائدة العملية التي تعود على مقيم الدعوى من الحكم له بطلبه (٤).

والهــدف مــن شــرط المصلحة أن الدعاوى التي لا ترجى منها فائدة عملية،تعتبر دعاوى كيدية.(٥)

والأصــل تــنزيه القضــاء عن الاشتغال بها،واشتغاله بفصل الخصومات ورد المظالم،التي لأصــحابها مــن رفعهــا فائدة عملية،وليس مجرد الكيد أو أغراض أخرى،كالتهرب من أحكام قضــائية أخرى،أو التهرب من دفع التزام معين،وقد ذكر الدكتور محمد نعيم ياسين أمرين يظهر فيهما الاختلاف بين المصلحة والصفة وهما :-

---

(١)-ياسين ،نظرية الدعوى،ص٢٧٨.
- ذياب ،الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون ،ص٦١ .
(٢)أبو العينين ،إجراءات المرافعات أمام القضاء الإداري ،ص٣٨٥. وقد أشار إلى هذا الخلط الدكتور محمد نعيم ياسين في كتابه نظرية الدعوى ،ص٢٧٨ ،والدكتور زياد ذياب في كتابه الدفوع الشكلية ص٦١.
(٣)خوري ،أصول المحاكمات الحقوقية،ص٢٣٧ .
(٤)الناهي ،صلاح الدين ،١٩٨٣،مبادئ التنظيم القضائي والتقاضي والمرافعات في المملكة الأردنية الهاشمية ، (ط١) ،عمان:دار المهد ،ص٥٨.
(٥)المصدر نفسه ،ص٥٨.

١- أن هنالك من أجاز الشارع لهم رفع الدعوى،وليس لهم أي مصلحة فيها،كدعاوى الحسبة والنيابة العمومية ، والدعاوى النقابية ،فالمصلحة فيها عامة وليست خاصة .

٢- أن الصفة في المدعى عليه لا تعني أبداً مصلحته الشخصية في الدعوى،فالمدعى عليه ليست له مصلحة في إقامة الدعوى،بل الدعوى أقيمت عليه لتغيير مركزه القانوني تجاه المدعى به .

ولو كانت الصفة هي المصلحة،لما جاز اشتراطها في المدعى عليه،كما أن التفريق بينهما ينسجم مع الفرعيات الكثيرة،المقررة في الفقه والقانون ، فقد يعترف الشارع بالصفة لمن ليس له مصلحة،وقد يعترف بالمصلحة لمن ليس له صفة،فكان لابد من التفريق.(١)والتقسيم المتقدم لفارس خوري،باشتراط الصفة والمصلحة في المدعي،واشتراط الصفة فقط في المدعى عليه، يؤكد ما أشار إليه الدكتور محمد نعيم ياسين،بأن المدعى عليه لا مصلحة له في الدعوى، ولا بد فيه من الصفة، وتتحقق الصفة في المدعي في الحالات التالية :-

١- إذا كان يطلب حقاً لنفسه،بأن يكون أصيلاً في الدعوى .

٢- أن يدعي بحق لغيره،بأن يكون نائباً عنه أو ولياً أو وصياً أو نحوه .

٣- أن يرفع الدائن دعوى لمدينه المفلس ،يطالب فيها بحقوق المدين ليحصل على ثمارها بوفاء دينه،فالمحافظة على أموال المدين من الضياع،ضمانة لحق الدائن.

٤- أن يدعي حقاً نيابة عن نفسه،وعن غيره،كالادعاء على من أحدث ضرراً في الطريق العام ، فله ولغيره صفة الادعاء،والمطالبة بإزالة الضرر،أو أن يرفع دعوى نيابة عن سكان منطقته،في وجه من يريد الاعتداء على منفعة مشتركة لهم جميعا،كمرفق عام مثلاً .

٥-دعاوى الحسبة التي يتعلق بها حق من حقوق الله تعالى،أو بما غلب فيه حق الله تعالى، فلكل فرد من أفراد الأمة الإسلامية صفة الادعاء فيها،ويتحقق شرط الصفة في المدعى عليه فيمن يعتبر خصماً،ويجبر على الدخول في القضية،والجواب عليها بالإقرار أو الإنكار، والمعيار في ذلك أن المدعى عليه،من يترتب على إقراره حكم،وبإنكاره يكون خصماً في الدعوى ، وإن كان لا يترتب على إقراره حكم، لا يكون خصماً بإنكاره(٢) .

قال ابن فرحون:" وليس للحاكم أن يسمع الدعوى على من لا يصح إقراره "(٣).

ومن تطبيقات صفة المدعى عليه في الدعوى بناء على تلك القاعدة :

١- الخصم في دعوى العين،من كانت هذه العين في يده.

٢- الخصم في دعوى الدين،من يكون الدين في ذمته أو نائبه في الخصومة .

---

(١)ياسين ،نظرية الدعوى ،ص٢٧٨.
(٢)المصدر نفسه ،ص٢٧٩-٢٨٦.
(٣)ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص١٠٧.

٣- الخصم في الدعاوى غير العين والدين،كالفعل والقول والعقد ونحوه هو الفاعل، فالخصم في دعوى الغصب، هو الغاصب،والخصم في دعوى القول هو القائل،والخصم في دعوى العقد هو المباشر له (١) .

وقد مثل الدكتور زياد ذياب لانتفاء شرط الصفة في المدعي والمدعي عليه،بصور تظهر بالتطبيق في العمل القضائي،فمثل لعدم الصفة في المدعي برفع الأم دعوى نفقة لبناتها البالغات،ومثل لعدم الصفة في المدعى عليه بدعوى الحضانة،أو دعوى المشاهدة على من لا يكون الصغير في حضانته ولا تحت يده، أو دعوى ضم البنت البالغة المقامة على أمها لعدم الخصومة .(٢) فالبنت البالغة هي الخصم وليست أمها .

وقد بوب الميرغناني بقوله "فصل فيمن لا يكون خصماً " وقال :-"وإن قال المدعي عليه هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب،أو رهنه عندي أو غصبته منه،وأقام بينة على ذلك، فلا خصومة بينة وبين المدعي،وكذا إذا قال،أجرنيه وأقام البينة؛لأنه اثبت ببينته أن يده ليست يد خصومة "(٣).

"وإن قال:ابتعته من الغائب فهو خصم؛ لأنه لما زعم أن يده يد ملك،اعترف بكونه خصماً"(٤).

فيلاحظ من هذه النصوص ،أنه في دعوى العين،لا يكون المدعى عليه خصماً،إلا إذا كانت يده يد ملك،وليس يد حفظ أو رهن أو غصب أو إجارة أو نحوه.

وانتفاء شرط الصفة في الدعوى يولد دفعا بعدم القبول عند أهل القانون،ويرى فريق منهم أنه يولد دفعا موضوعيا،كما أن بعضهم يرى أن هذا الدفع يعتبر من النظام العام تثيره المحكمة من تلقاء نفسها،ويرى فريق آخر أن هذا الدفع ليس من النظام العام،إلا إذا كان موضوع الدعوى من النظام العام(٥).

فإذا صدر الحكم وكان أحد الخصوم ليس له صفة في الدعوى سواء كان المدعي أو المدعى عليه كان الحكم باطلاً ومردوداً .(٦)

---

(١) ياسين ،نظرية الدعوى ،ص ٢٩٧.
(٢) ذياب ،الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون ،ص٦٩.
(٣)الميرغناني ،الهداية شرح البداية المطبوع مع شرح فتح القدير ،ج٧،ص٢٢٣.
(٤)المصدر نفسه ،ج٧،ص٢٢٦.
(٥) ذياب ،الدفوع الشكلية ،ص٦٧.
(٦)ولم نذكر شرط المصلحة؛ لأننا مع التفريق بينه وبين شرط الصفة،فهو الفائدة العملية من الدعوى كما تقدم،والفائدة العملية من الدعوى لا علاقة لها بصحة الخصومة،وإنما هي شرط من شروط قبول الدعوى،فلا تقبل الدعوى إذا لم تكن للمدعي مصلحة في رفعها.وهذا لا علاقة له بالخصومة.

-المطلب الثالث : غياب أحد أطراف الخصومة :

-**تحرير محل النزاع** :اشترط الفقهاء في المدعي الحضور ،فلا يحكم لغائب واستثنوا من ذلك بعض الحالات،واتفقوا أنه يحكم على الحاضر ،واختلفوا في الحكم على الغائب.

-**الفرع الأول : القضاء للغائب:** اشترط جمهور الفقهاء الحضور في المدعي فلا يحكم لغائب إلا إذا حضر نائبٌ عنه يقوم مقامه، كوكيل أو وصي أو متولٍ لوقف أو نحوه.(١)

وقد ورد بعض الاستثناءات ،فأجاز الفقهاء الحكم للغائب في حالات منها:

١-استثنى المالكية من كان غائباً،وله مال فخاف حاضر ضياع هذا المال،فرفع الأمر للقاضي،وادعى عن الغائب بلا توكيل منه له حفظاً لمال الغائب،فإنه يمكن من الدعوى.(٢)

٢- استثنى الشافعية في قول سماع الدعوى للغائب إذا ادعى من أقامها أن له حقاً لازماً فيها، كرهن أو إجارة أو نحوه،وأثبت ذلك بالبينة.(٣)

٣- واستثنى الحنابلة حالتين :

-**الحالة الأولى**:أن يكون الحكم للغائب تبعاً لمدع حاضر بنفسه أو وكيله،مثل من ادعى موت أبيه عنه وعن أخ له غائب أو غير رشيد ،ولأبيهم الميت عند فلان دينٌ أو عين، فإن حكم للمدعي الحاضر كان حكماً للغائب تبعاً ،ويأخذ الحاكم نصيب الغائب،فيجعله أمانة ويحفظه له فبقاؤه في يد المحكوم عليه قد يعرضه للهلاك أو التلف.

-**الحالة الثانية**:الدعوى للغائب تبعاً أو مطلقاً للحاجة إلى إبقاء الحاضر،وبراءة ذمة الغائب،كالحكم على الغائب وبيع ماله بعد معرفة أنه للغائب وأعلى طرقه البينة .(٤)

أما الحنفية فلم يجيزوا الحكم للغائب إلا إذا حضر نائبٌ يقوم مقامه فقط .(٥)

وعليه فالحكم للغائب دون أن يحضر عنه وكيلاً أو نائباً يمثله في الدعوى يكون حكماً باطلاً ومردوداً إلا في الحالات التي تم استثناؤها في كل مذهب.

(١)- ابن عابدين ،رد المحتار ،ج٥،ص٤٠٩.
-الكاساني ،بدائع الصنائع ، ج٧،ص٨.
-ابن الغرس،الفواكه البدرية ،ج٤،ص٦٥.
- عبد الله ،الكواكب الدرية في فقه المالكية،ج٤،ص٣٠.
- النووي،روضة الطالبين،ج٨،ص٣٠٥.
- البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ،ج٣،ص٥٣٢.

(٢) عبد الله،الكواكب الدرية في فقه المالكية،ج٤،ص٣٠.

(٣)النووي،روضة الطالبين،ج٨،ص٣٠٥.

(٤) البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ،ج٣،ص٥٣٢.

(٥)-ابن عابدين،رد المحتار،ج٥،ص٤٠٩.
-الكاساني،بدائع الصنائع،ج٧،ص٨.
-البابرتي،العناية على الهداية،ج٦،ص٤٠٠.
-ابن الغرس،الفواكه البدرية ،ج٤،ص٣٠.

-**الفـــرع الثاني : القضاء على الغائب** :اتفق الفقهاء في القضاء على الحاضر،واختلفوا في القضاء على الغائب على أقوال :

-**القول الأول** : ذهب جمهور العلماء،المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والأوزاعي و الليث إلـــى جـــواز القضـــاء على الغائب في الجملة في حقوق الأدميين،ولا يقضى عليه في حدود الله تعالى. (١)

"ويشترط في الدعوى على الغائب،ما يشترط في الدعوى على الحاضر "(٢) .

وقد قسم المالكية الغائب إلى ثلاثة أقسام :

١- الغائـــب قريب الغيبة على مسيرة اليومين والثلاثة،فهذا يكتب إليه ويعذر إليه في كل حق ، فإمـــا أن يوكـــل وكيلاً،وإما أن يأتي إلى مجلس الحكم،فإن لم يفعل حكم عليه بالدين ، وبيع عليه ماله من العروض والحيوان والأصول وجميع الأشياء من الطلاق والعتق وغير ذلك؛ لأنه لا عذر له في الغياب .

٢- الغائـــب بعـــيد الغيـــبة على بعد مسيرة عشرة أيام وشبهها ،فهذا يحكم عليه فيما عدا الدور والأصول من الحيوان والعروض وترجى له الحجة في ذلك .

٣- الغائـــب منقطع الغيبة،مثل مكة من إفريقيا،والمدينة من الأندلس وخراسان ،فهذا يحكم عليه في كل شيء ،وترجى له الحجة في ذلك .(٣)

ونقـــل ســـحنون عـــن مـــالك بن أنس أنه سئل عن الخصمين يختصمان في الأرض،فيقيم أحدهما البينة،ثم يهرب الذي قامت عليه البينة ،أيقضي عليه وهو غائب فقال : اكتب إليه إذا ثبت لديـــك الحجج، وسألته عما تريد أن تسأله عنه،واستقر عندك علم أن لم يعد له حجة فاقض عليه وهو غائب ،قال ابن رشد : هذا إذا تغيب وهرب بعد أن استوفى جميع حججه،فراراً من القضاء عليه ،ولا يكون له إذا قدم حجة ،إلا إذا كان المحكوم عليه قد قدم حجة بعد الحكم عليه وسمعت

---

(١)-ابـــن رشد ،محمد بن أحمد،(ت٥٩٥هـ).بداية المجتهد ونهاية المقتصد ،دار التوفيق النموذجية للنشر،القاهرة، ج٢، ص ٥٧٩.
- ابن فرحون ، تبصرة الحكام ،ج١ص١٠٧.
- النووي ،المجموع ،ج٢٠،ص١٦٣.
- النووي ،روضة الطالبين ،ج٨،ص١٥٨.
- ابن قدامة، المغني، ج٩،ص١١٢.
- الشيباني ،نيل المآرب ، ج٢،ص٤٥٨.
- ابن حزم،المحلى ،ج٩،ص٣٦٦.
-ابن حجر ،فتح الباري،ج١٣،ص١٧١.

(٢) - ابن فرحون ، تبصرة الحكام ،ج١ص١٠٨.
- النووي ،روضة الطالبين ،ج٨،ص١٥٩.

(٣) ابن فرحون ،تبصرة الحكام ، ج١،ص٦٩.

مــنه ، أما إذا هرب قبل أن يستوفي جميع حججه قضي عليه من غير أن تقطع حجته (١) ، قال ســحنون : لا تسمع البينة على الغائب عن مجلس الحكم الموجود في البلد دون حضوره،إلا أن يتوارى أو يختفي أو يعتزز بسلطان فيقضي عليه .

واشــترطوا فــي الحكم على الغائب،وسماع الدعوى عليه أن يكون له بموضع الحكم مال،أو وكيل أو كفيل،وعلل ذلك بأن القاضي ليس له ولاية في القضاء على جميع الناس، بل هو يختص ببلد معين .

ونقــل عــن الإمــام مالك،أنــه لا يقضي على الغائب في الدور إلا في بعيد الغيبة،التي لا يمكن للمدعي السير إليها لبعده وانقطاعه،ومثلوا لها بالأندلس أو طنجة إلى المدينة.(٢)

وحــدد الــشافعية ســماع الدعــوى على الغائب،على من هو بحد مسافة العدوى ، وهي المــسافة التي يقطعها الشخص ذهاباً وإياباً إذا خرج من بيته مبكراً وعاد إلى أهله في نفس اليوم الــذي خرج فيه،وقولٌ عندهم بأن الدعوى تسمع على الغائب غيبة في حدود مسافة القصر، وهي يــوم وليلة بالنسبة للزمن،أو أربعة برد بالنسبة للمسافة،والبرد أو البريد اثنا عشر ميلاً ،و الميل ثلاثة آلاف وخمسمائة ذراع .(٣)

وألحــق الشافعية بالغائب الحاضر في البلد،إذا استتر وتعذر إحضاره، لأننا لو لم نحكم عليه في هذه الحالة،لجعلت الغيبة والاستتار طريقة لتضييع الحقوق،التي نصب القضاء لحفظها.(٤)

وأمــا الحاضــر في البلد أو القريب إذا لم يمتنع عن الحضور،فلا يقضى عليه قبل حضوره؛ لأنــه أمكــن ســؤاله فلم يجز الحكم عليه قبل سؤاله، كمن حضر مجلس الحكم ،ويفارق الغائب البعــيد ، فإنــه لا يمكــن سؤاله،ووافقهم في ذلك الحنابلة (٥) ،وللشافعية قول آخر بالقضاء على الغائــب الــذي لا يمكــن إحضاره؛لأنه غائب عن مجلس الحكم،فجاز القضاء عليه كالغائب عن البلد،والمستتر في البلد .(٦)

واشــترط الجمهور حلف يمين الاستظهار في حالة القضاء على الغائب ،أو يسلم المدعى بــه إلى وكيله،وتؤخر اليمين حتى يقدم المدعي فيحلف،أو يموت فيحلف ورثته،وإن نكل أو نكلوا رجع المدعى عليه على المدعي أو الورثة .

---

(١) ابن فرحون ،تبصرة الحكام ، ج١،ص٧٠.
(٢)المصدر نفسه ،ج١ ،ص١٠٨.
(٣) ابن أبي الدم ، أدب القضاء ،بيان معنى مسافة العدوى والقصر للمحقق الدكتور محمد الزحيلي،ص٢٤٦.
(٤) – النووي ،المجموع ،ج٢٠،ص١٦٣.
-الشيرازي ،المهذب ، ج٣،ص٤٠٠.
(٥) ابن قدامة ،المغني ،ج٩،ص١١٣.
(٦) النووي ،المجموع ،ج٢٠،ص١٦٣.

فـيحلف المدعي أنه ما أبرأ المدعى عليه من الدين الذي يدعيه،ولا من شيء منه،ولا اعتاض عـنه ولا استوفاه،ولا أحال عليه هو،ولا أخذ من جهته،بل هو ثابت من جهة المدعى عليه يلزمه أداؤه ،ويمكن أن يقتصر على الحلف بأن المال ثابت في ذمته .(١)

وقـد نـصت المـادة السادسة والسبعون من قانون الأحوال الشخصية الأردني،على وجوب تحلـيف الزوجة اليمين في حال الحكم لها بالنفقة غيابياً ، ونص اليمين على لسان الزوجة"والله العظيم أن زوجي لم يترك لي نفقة ولست ناشزاً ولا مطلقة انقضت عدتي ".

وتقدر لها النفقة من يوم الطلب،بناء على البينة التي تقيمها الزوجة على قيام الزوجية بينهما ، وبيـنت المـادة الـسابعة والسبعون أن الزوج الغائب ينزل منزلة المنكر،وتكلف الزوجة بإثبات مواقـع إنكـاره بالبيـنة الـشرعية ،وبأنـه لا يحكم لها بالنفقة إلا بعد تحليفها اليمين الشرعية الـسابقة(٢) ، وهذا حفظاً لحق الغائب واحتياطاً له،كما احتاط للغائب الجمهور مع إجازتهم للحكم عليه ببقاء حقه،إذا قدم في القدح في البينة والمعارضة ببينة يقيمها عن القضاء أو الإبراء.(٣)

كما أنه إن قدم بعد الحكم فجرح الشهود بأمر كان قبل الشهادة بطل الحكم،وإن جرحهم بأمر بعـد أداء الـشهادة أو مطلقاً لم يبطل الحكم ، وإن جاء بعد الحكم وطلب التأجيل أجل ثلاثاً فإن تمكـن من جرح الشهود أبطل الحكم وإلا نفذ عليه ،وإن ادعى القضاء أو الإبراء فكانت له بينة بطل الحكم ، وإن لم يكن له بينة وطلب تحليف الخصم حلف ونفذ الحكم .(٤)

وصرح المالكية بحق الغائب في الطعن بالبينة،إذا عاد أنه إذا حكم القاضي على الغائب ولم يسم الشهود الذين حكم بهم،ثم حضر الغائب وأراد أن يطعن في شهادة الشهود كان ذلك من حقه.(٥)

و الحكم على الغائب،لا بد أن يكشف فيه عن أسماء الشهود،ليكشف الغائب من شهد عليه،وكيف يدفـع،فإن وقع الحكم مجملاً ولم يبين أسماء الشهود لم ينقض الحكم، ويكره ذلك للقاضي ، ومن حـق المحكـوم عليه أن يذهب للحاكم،ويطلب منه الكشف عن أسماء الشهود ،ويخشى أن يكون القاضي قد مات فيضيع حقه،فيجب أن يكون الحكم كاملاً ، ونقل عن سحنون أنه لا بد في الحكم على الغائب من التقديم بأسماء الشهود . (٦) وهذا أيضاً احتياط لحق للغائب .

---

(١) -الحطاب ، مواهب الجليل ، ج٦،ص١٤٩.
- ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص١٠٨.
- النووي ،المجموع ،ج٢٠،ص١٦٣.
- البيجوري ، حاشية البيجوري على متن أبي شجاع ،ج٢،ص٦٣٨.

(٢) الظاهر ،راتب،(١٩٩٩م).التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ، مطابع الدستور ،قانون الأحوال الشخصية الأردني الصادر سنة ١٩٧٦ رقم ٦١ ،ص١٤١.

(٣) النووي ،المجموع ،ج٢،ص١٦٣.

(٤) ابن قدامة ،المغني ، ج٦،ص١١١.

(٥) ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص٤٠.

(٦) المصدر نفسه ، ج١،ص٧٠.

- أدلة الجمهور :

١-قال تعالى :**"يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط،شهداء لله ولو على أنفسكم"**(١) .

فلم يخص الله تعالى حاضراً من غائب،فصح الحكم على الغائب،كما هو الحال على الحاضر .(٢)

٢-قال تعالى : **" وأقيموا الشهادة لله ذلكم يوعظ به من كان يؤمن بالله واليوم الآخر "** (٣) .

فالله عز وجل أمر القضاة بإقامة الشهادة، دون التمييز بين غائب وحاضر،فصح الوجوب على الغائب،كما يصح على الحاضر ،فكيف لقاض شهد عنده عدول،بأن فلاناً الغائب قتل زيداً أو غصب فلانة أو طلق امرأته،ولا يلتفت إليهم ،فهذا ظلم وجور ،فيجب عليه أن يسمع الدعوى على الغائب كما سمعها على الحاضر .(٤)

٣- عن عائشة رضي الله عنها قالت : دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح،لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني،إلا ما أخذت من ماله بغير علمه،فهل علي في ذلك جناح ؟ ،فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- :" خذي من ماله بالمعروف،ما يكفيك ويكفي بنيك" (٥).

-**وجه الدلالة** : أن هذا قضاء من النبي -صلى الله عليه وسلم- ، وقد حكم على أبي سفيان وهو غائب ،واستدل به كل من قال بجواز القضاء على الغائب .(٦)

٤- قوله -صلى الله عليه وسلم- : "البينة على المدعي،واليمين على من أنكر " (٧).

-**وجه الدلالة**:أن اشتراط حضور الخصم إلى مجلس القضاء زيادة على هذا النص بلا دليل.(٨)

---

(١) سورة النساء ،آية ١٣٥.
(٢) ابن حزم ،المحلى ،ج٩،ص٣٦٩.
(٣) سورة الطلاق ،آية ٢.
(٤) ابن حزم ،المحلى ،ج٩،ص٣٦٩.
(٥)أخرجه البخاري،كتاب الأحكام ،باب القضاء على الغائب.
-البخاري،صحيح البخاري،ج٦،ص٢٦٢٦.
ومسلم في كتاب الأقضية،باب قضية هند.
-مسلم صحيح مسلم بشرح النووي،ج١٢،ص٧.
(٦)-النووي ،صحيح مسلم بشرح النووي ، ج١٢،ص٨.
- ابن حجر، فتح الباري ،ج١٣،ص١٧١.
-ابن رشد ،بداية المجتهد ،ج٢،ص٥٧٩.
-ابن قدامة ،المغني ،ج٩،ص١١١.
-ابن دقيق العيد ،الأحكام شرح عمدة الأحكام ،ج٤،ص١٦٣.
- ابن حزم ،المحلى ،ج٩،ص٣٧٠.
(٧) سبق تخريجه،ص١٣٢.
(٨)ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج٦،ص٤٠٠ . ذكره ابن الهمام كدليل للجمهور .

٥- أنــه صــح عــن رســول الله الحكــم علــى الغائب،فقــد حكــم على العرنيين الذين قتلوا الــرعاة، وســملوا أعيــنهم وفــروا،فأتبعهم بقائف وهم غياب،حتى أدركوا واقتص منهم بقطع أيــديهم وأرجلهــم، وســمل أعيــنهم وتــركهم فــي الحرة،يستقون فلا يسقون حتى ماتوا،وقال بعض السلف أن هذا قبل نزول الحدود وآية الحرابة .(١)

٦-أن المدعي على الغائب له بينة مسموعة عادلة،فجاز الحكم بها كما لو كان الخصم حاضراً.

٧- أنــه لــو لــم تــسمع علــى الغائب،لكــان ذلــك طــريقاً لإســقاط الحقــوق التي نصب القــضاء لحفظهــا ، واحتــياطاً للغائــب لا يحكــم عليه،إلا بعد ثبوت الحق عليه بالبينة وحلف المدعي . (٢)

وجــه الدلالــة : أن النبــي -صــلى الله علــيه وســلم- حكــم على العرنيين وهم غياب ،ثم أرسل من يقوم بتنفيذ حكمه – صلى الله عليه وسلم – عليهم .

٨- ما ورد عن عمر -رضي الله عنه -أن رجلاً كان مع أبي موسى الأشعري ، وكان ذا نكاية فــي العــدو فغــنموا، فأعطــاه أبــو موســى الأشــعري بعــض ســهمه، فأبــى أن يأخذ إلا جمــيع الــسهم فــضربه عــشرين ســوطاً، وحلــق رأسه فأخذ الرجل بجميع شعر رأسه ، ثم ذهــب إلــى عمــر فأخــرج شعره،واشتكى إلى عمر فكتب عمر إلى أبي موسى بالخبر،فحكم عمــر علــى أبــي موســى أنــه إن كــان فعــل ذلك بالرجل في ملأ فليمكنه من نفسه،ليقتص مــنه أمــام المــلأ،وإن كــان فعله في خلاء فليمكنه منه ليقتص منه في خلاء ، فلما عاد الرجل إلــى أبــي موســى فجلــس ليقــتص مــنه أمام ملأ فقال له الناس : أعف عنه فقال:لا والله لا أدعــه،ثم رفــع رأسه إلى السماء،فقال : اللهم إني قد عفوت عنه ، فحكم عمر على أبي موسى وهو غائب .(٣)

---

(١)ذكره ابن حزم في المحلى ج٩ص٣٦٩.
وأخــرجه الــبخاري في كتاب المحاربين من أهل الكفر والردة باب لم يحسم النبي -صلى الله عليه وسلم-أمر المحاربين من أهل الردة حتى هلكوا.
-البخاري،صحيح البخاري،ج٦،ص٢٤٩٥.
ومسلم في كتاب القسامة،باب حكم المحاربين والمرتدين.
- مسلم،صحيح مسلم بشرح النووي،ج١١،ص١٥٣.
(٢)ابن حزم،المحلى،ج٩،ص٣٦٩.
(٣)ابن حزم ،المحلى ،ج٩،ص٣٧٠.

٩- قضى عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان في المفقود،أن امرأته تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشرة أيام ثم تتزوج ، وهذا كله قضاء على الغائب ،ولم يصح عن أحد من الصحابة المخالفة في القضاء على الغائب،رغم أنه قد صح عن عمر وعثمان القضاء على الغائب،فيكون هذا إجماعاً من الصحابة .(١)

- **القول الثاني :** عدم جواز القضاء على الغائب مطلقاً،ويشترط في الدعوى حضور الخصم بنفسه،أو أن يحضر من يقوم مقامه،ولا يحكم على الغائب إلا في صور معينة،استثناءً للضرورة والحاجة كأن يدعي على حاضر ما لا يمكن إثباته إلا بالقضاء على الغائب،فجاز في هذه الحالة القضاء على الغائب للضرورة،وإن كان لا يجوز ابتداءً(٢) ،وبه قال الحنفية (٣) والشافعي في القديم (٤) ، وابن شبرمة ، وشريح وسفيان(٥)،وابن الماجشون(٦). واستدلوا بما يلي :

١- عن علي -رضي الله عنه- قال:"بعثني رسول الله -صلى الله عليه وسلم-إلى اليمن قاضياً ، فقلت:يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء فقال:"إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان،فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول،فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء،قال:فما زلت قاضياً،أو ما شككت في قضاء بعد".(٧)

-**وجه الدلالة :** الحديث دليل على أنه يجب على الحاكم أن يسمع دعوى المدعي،ثم يسمع جواب المدعى عليه،ولا يجوز له أن يبني الحكم على سماع الدعوى من المدعي فقط ، فإن حكم قبل سماع الدعوى من المدعى عليه عمداً بطل قضاؤه وكان قدحاً في عدالته ،وإن كان بغير عمد لم يكن قادحاً ويبطل الحكم،ويعاد على وجه الصحة ،فدل الحديث على عدم جواز الحكم على الغائب؛ لأن الغائب لا يسمع له جواب .(٨)

---

(١) ابن حزم ،المحلى ، ج٩،ص٣٧١.

(٢) مثال الحالة:ادعى علي أن عليه ألف دينار لمحمد،وأقر محمد بأن هذا المال له،ثم وكل علي محمداً بالقبض والخصومة في مال له على حسن،ثم غاب علي،فلا يستطيع محمد أن يدعي على حسن باستحقاق تسليمه ما لعلي إلا بإثبات التوكيل من الغائب ،فهذا ما يعرف بأن كل من ادعى على حاضر ما لا يمكنه إثباته إلا بالقضاء على الغائب فيجوز فيها القضاء على الغائب وإن كان لا يجوز ابتداءً . وإذا أنكر حسن الدعوى يكلف القاضي محمد بإثبات إقرار علي بالمال وتوكيله له بالقبض ، وهنا يحكم القاضي على علي بالإقرار لمحمد وتوكيله بالقبض،مع أنه غائب؛حيث لا يمكن الحكم على حسن إلا بالحكم على علي الغائب .

-الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف،ص١٢٩.

(٣) - الميرغناني ،الهداية شرح البداية المطبوع مع شرح فتح القدير ،ج٦،ص٤٠٠.

- الخصاف ،أدب القاضي ،ص١٣٠-٣٨٨.

- ابن عابدين ،رد المحتار ، ج٥،ص٤٠٩.

- الكاساني ،بدائع الصنائع ،ج٧،ص٧.

(٤) ابن أبي الدم ،أدب القضاء ،ص٢٤٩.

(٥) ابن حزم ،المحلى ، ج٩،ص٣٦٨.

(٦)ابن رشد،بداية المجتهد،ج٢،ص٥٧٩.

(٧)سبق تخريجه،ص١٧ .

(٨)الصنعاني،سبل السلام،ج٤،ص١٤٦٤.

قال ابن الهمام بعد أن ذكر الحديث :" الحديث دليل على أن جهالة كلام المدعى عليه وجوابه، مانعة من القضاء وذلك ثابت مع غيبته وغيبة من يقوم مقامه" .(١)

٢-مــا روي عــن عــثمان بــن عفان قال : أتى عمر بن الخطاب رجل قد فقئت عينه فقال له عمــر : أحــضر خــصمك فقــال له :يا أمير المؤمنين أما بك من الغضب إلا ما أرى ،فقال له عمــر :لعلك قد فقأت عيني خصمك معاً، فأتى خصمه قد فقئت عيناه معاً، فقال عمر :إذا سمعت حجــة الآخــر بان القضاء ،فلم يحكم عمر -رضي الله عنه- على الغائب ،فدل على عدم جواز الحكم على الغائب ، ولا يعلم لعمر مخالف من الصحابة .(٢)

٣- لأن حجــية البيــنة على وجه يوجب العمل بها موقوف على عجز المنكر عن الدفع والطعن فيها ،ولا يعلم العجز إلا بالحضور من المدعى عليه أو ممن يقوم مقامه .

٤-أن شرط العمل بالبينة الإنكار ، والإنكار لا يكون إلا بالحضور فلا تسمع الدعوى إلا بوجود الــشرط وهــو الإنكــار ،فلا يحكم بثبوت المشروط وهو صحة الحكم إلا بوجود الشرط للعمل بالبينة ، وإذا انعدم الشرط انعدم المشروط . (٣)

٥-أنــه لا يجــوز الحكــم علــى الغائب ؛لأنه لو كان الحكم عليه جائزاً لما كان الحضور عليه واجباً .(٤)

٦-نقــل الشعبي عن شريح لا يقضي على غائب ،ونقل سفيان الثوري أن رجلاً سأل شريحاً عن شيء فقال : لا أغري حاضراً بغائب (٥)، فلم يحكم لغائب .

٧-حديث أم سلمة : "فإنما أقضي له بحسب ما أسمع " (٦) ،ولا يسمع من غائب .

٨-حــديث هند بنت عتبة كان بمكة، وكان أبو سفيان حاضراً بها،وشرط القضاء على الغائب أن يكــون غائــباً عــن البلد أو مستتراً ولا يقدر عليه ،وهذا كله غير موجود في أبي سفيان ،فهذه القــضية ليست قضاء على الغائب بل هي إفتاء ؛ فالمرأة لم تسأله الحكم ، وإنما سألته هل يجوز لها أن تأخذ ما يكفيها ويكفي بنيها ،وهذا استفتاء محض . (٧)

---

(١)ابن الهمام ،شرح فتح القدير ، ج٦،ص٤٠٠.
(٢) ابن حزم ،المحلى ،ج٩،ص٣٦٨.
(٣) المصدر نفسه ، ج٦،ص٤٠٠.
(٤) الصنعاني ،سبل السلام ، ج٤،ص١٤٦٥.
(٥)ابن رشد ،بداية المجتهد ،ج٢،ص٥٧٩.
(٦)سبق تخريجه،ص١٧.
(٧) -النووي ،صحيح مسلم بشرح النووي ،ج١٢،ص٨١٨.
-ابن رشد ،بداية المجتهد ،ج٢،ص٥٧٩.

أجيب عليه أيضاً أن الرسول -صلى الله عليه وسلم- حكم على أبي سفيان لعلمه بصحة ما ذكرت هند (١) ،قال البابرتي : كان عالماً باستحقاق النفقة على أبي سفيان،ألم تر بأنها لم تقم البينة ؟(٢) .

وقد أجاب ابن حزم على ذلك بأن الجمهور لا يعتبرون علم الحاكم من البينة، فكيف جعلوه في هذه الحادثة أقوى من البينة فهذا تناقض ، والله تعالى يقول :"**كونوا قوامين بالقسط** "(٣)، فلا يجوز أن يكون الحكم بالبينة أقوى في مرة،والحكم بالعلم أقوى في مرة.(٤)

وأجاب الحنفية على الجمهور بأن ما استدلوا به من حديث البينة على المدعي، يدل على أن من ادعى شيئاً فعليه إقامة البينة، والحديث متروك الظاهر؛ لأن الخصم إذا أقر ليس على المدعي إقامة البينة، فالحديث ليس في محل النزاع، فالنزاع في أن القاضي هل يجوز له أن يحكم على الغائب أم لا يجوز،وليس فيه ما يدل على نفي أو إثبات،وقد قام الدليل على نفيه،وهو حديث علي المتقدم أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم حتى يسمع من الخصمين .(٥)

- **الراجح** :قول الجمهور بجواز القضاء على الغائب؛ وذلك حتى لا تضيع حقوق الناس،ولا يكون الغياب وسيلة لإسقاط الحقوق،بالإضافة إلى أن العلماء قد احتاطوا لحق هذا الغائب بثلاثة أمور:

-**أولاً** : بأنه لا يقضي على غائب إلا بعد سماع البينة وثبوت الحق عليه .

-**ثانياً** : أنه لا بد من حلف يمين الاستظهار،بأنه لم يستوفِ هذا الحق من الغائب،وأن المدعي مستحق له .

- **ثالثاً** : أن للغائب الحق في الطعن في الحكم وإبطاله،من خلال الطعن في البينة ، فإذا ثبت بطلانها وأقام البينة على الإبراء،أو الوفاء أبطل الحكم وعاد إليه حقه .

ويجاب على أدلة الحنفية :

١-أنه إذا تقاضى رجلان ، لم يحدد الحكم قبل سماع كلامهما،يقتضي أن يكونا حاضرين، فالغائب يختلف عن الحاضر،فالبينة لا تسمع على حاضر إلا بحضرته،أما الغائب فخلاف

(١)ابن حزم ،المحلى ،ج٩،ص٣٧٠.
(٢)البابرتي ،العناية على الهداية ،ج٦،ص٤٠١.
(٣)سورة النساء،آية١٣٥.
(٤)ابن حزم ،المحلى ،ج٩،ص٣٧٠.
(٥) البابرتي ،العناية على الهداية ،ج١،ص٤٠١.

ذلـــك ، كمـــا أن أبا حنيفة يناقض هذا الأصل،أنه إذا جاءت امرأة فادعت أن لها زوجاً غائباً،وله مال في يد رجل،وتحتاج إلى النفقة فاعترف لها بذلك،حكم القاضي عليه بالنفقة .(١)

٢-أن غايـــة مـــا في الحديث الذي استدلوا به ، أن لا يقضى على حاضر بدعوى خصمه دون ســـماع حجـــته،وهذا بـــشيء نـــتفق معهـــم فيه،فلا يقضي على حاضر ولا غائب بمجرد قول الخصم،بل بما أمر الله تعالى به من البينة العادلة،وليس فيه أن لا يقضى على غائب (٢).

٣- أثـــر عمـــر لا يـــصح ففيه محمد الغفاري عن أبي ذؤيب الجهني،وكلاهما مجهول ،كما أن عمـــرو بـــن عـــثمان ابن عفان لم يولد إلا ليلة موت عمر،فكيف يروي عنه،ولو صح هذا الأثر فليس فيه إلا أن لا يقضى على غائب بدعوى خصمه فقط.

٤-ما نقل عن شريح لا يصح؛لأنه من رواية مجالد و مجالد ضعيف.

وقد ذكر الرشيدي في المجاني الزهرية على الفواكه البدرية :"أنه لا يجوز القضاء على الغائب إلا إذا رأى القاضي المصلحة في الحكم له أو عليه،ولو كان القاضي حنفياً ولو في زماننا؛ لأن تجويز هذا للمصلحة والضرورة ."(٣) ، مع أنه حنفي .

وعليه فالحكم الصادر على الغائب باطل عند الحنفية ومن معهم ،إلا إذا حضر عنه نائب يقوم مقامه،إلا في الحالة التي تم استثناؤها ، وهي إذا كان القضاء للحاضر لا يمكن إلا بالقضاء على غائب.

أمـــا الجمهـــور فالحكم الصادر على الغائب حكم صحيح ويستحق الحجية والتنفيذ ،إذا توفرت فيه الشروط التالية:

١- أن يكـــون المحكوم فيه من حقوق الآدميين ،أما الحكم على الغائب في حقوق الله فباطل باتفاق.

٢- أن تكـــون الدعـــوى صحيحة ومستوفية لجميع شروطها، حيث يشترط في الدعوى على الغائب ما يشترط في الدعوى على الحاضر .

٣- أن يكـــون للغائب في ولاية القاضي مالاً أو عقاراً أو وكيلاً حيث يدخل في اختصاصه ، فالقاضي ليس له ولاية على جميع الناس ،بل هو يختص ببلد معين.

٤- حلف يمين الاستظهار احتياطاً لحق الغائب .

٥- أن يبـــين القاضي البينة التي استند إليها في الحكم على الغائب ؛ حتى يتمكن الغائب من الطعن فيها،إن كان له اعتراض عليها .

---

(١)ابن قدامة ،المغني ،ج٩،ص١١١.
(٢) ابن حزم ،المحلى ،ج٩،ص٣٦٨.
(٣)الرشيدي،المجاني الزهرية شرح الفواكه البدرية ،ص٦٥.

فــإذا لم يتوفر في الحكم على الغائب هذه الشروط يكون الحكم باطلاً ،فما أجاز الشارع الحكم على الغائب إلا حفظاً لحقوق الناس من الضياع ،ووضع الضوابط والشروط التي تحفظ حق هذا الغائب ،فلا يكون الحكم عليه صحيحاً إلا بتوفرها .

أمــا فــي القانون، ففي أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٢،لا يجوز أن تجــري المحاكمة إلا وجاهياً أو بمثابة الوجاهي ، وهذا نص المادة التاسعة والستين فإذا حضر المدعــى علــيه،كان الحكم وجاهياً، وإذا كان تبليغ المدعى عليه تبليغاً صحيحاً ولم يحضر كانت محاكمــته بمــثابة الوجاهي،ولو تخلف بعد حضوره تعد بمثابة الوجاهي أيضاً،كما نصت الفقرة الثانية والثالثة من المادة السابعة والستين من أصول المحاكمات المدنية ،فليس عندهم حكم غيابي حتى لو تغيب الخصم،ولم يحضر بعد تبليغه ، وهذا يشبه قول الفقهاء المتقدم،أنه إن كان حاضراً في البلد فهرب أو استتر،يحكم عليه حتى لا يكون الهروب والاستتار،طريقة لإسقاط الحقوق .

أمــا فــي أصــول المحاكمات الشرعية،فيجوز الحكم الغيابي،إذا تم تبليغ المدعى عليه تبليغاً صــحيحاً ولــم يحــضر ، ولا يعتبر الحكم وجاهياً إلا إذا صدر بمواجهة الطرفين،أما إذا حضر جلسة من جلسات المحاكمة أو أكثر وتخلف بعد ذلك عن الحضور،يكون الحكم غيابياً،كما نصت علــى ذلــك المــادة الثانية بعد المائة من أصول المحاكمات الشرعية،وللمحكوم عليه غيابياً حق الاعتــراض علــى الحكم الغيابي،خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه، كما نصت على ذلك المادة السادسة بعد المائة من أصول المحاكمات الشرعية .(١)

فمحاكمــة الغائب جائزة بشرط صحة التبليغ ، فأول ما يتحقق القاضي من صحة التبليغ ،فإذا كــان التبليغ صحيحاً،ولم يحضر المدعى عليه،كان مستهيناً بحقوق الناس وبهيبة القضاء،فيستحق أن يحاكم غيابياً بل أن قانون أصول المحاكمات المدنية لا يسميها محاكمة غيابية،بل يعتبر الحكم الــصادر فــي حقــه بمــثابة الحكم الوجاهي إذا كان التبليغ صحيحاً،وتخلف المدعى عليه عن الحضور،أما إذا حضر جلسة من جلسات نظر الدعوى فأكثر ،ثم تخلف عن الحضور، فإن الحكم الصادر في حقه يعتبر وجاهياً،ولا يحتسب غياب الخصوم إلا بعد إنقضاء ساعة كاملة عن افتتاح الجلــسة،التي تخلــف فــيها عن الحضور،كما أنها أعطت الحق لمن يتخلف عن الحضور بسبب مــشروع في الطعن في هذا الحكم،وإذا طعن المدعي أو المدعى عليه بالحكم وأبدى عذراً لعدم حــضوره تقــبله المحكمة،فإنها تعيد النظر في موضوع الدعوى،ويكون الحضور من الخصم إما بشخــصه أو بمــن يمثله،بالإضــافة إلــى أن التشريعات الحديثة أجازت الطعن بالاعتراض في الأحكــام الغيابــية أما المدعي فلا يجوز له الاعتراض ؛لأن المدعي هو الذي أقام الدعوى،وهو

(١) الظاهر ، التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ،ص٩٥.

الــذي تقــدم للمحكمـــة وتخلفه استهانة بالقضاء،وفي إجازة اعتراضه على الحكم الغيابي تعطيل للإجــراءات غيــر مبــرر ،والمدعـــى عليه تمَّ تبليغه تبليغا صحيحا،ومنح فرصة أو فرصتين للحــضور،وإعادة التبلــيغ عند الحاجة،فإذا لم يحضر بعد ذلك،لم يكن له الحق في الاعتراض ، ويكـــون عقابه بفصل الدعوى ،ويكون إعادة التبليغ إذا كان تبليغ المدعى عليه لم يكن لشخصه ، وأما إذا كان تبليغ المدعى عليه لشخصه فلا حاجة لإعادة التبليغ .(١)

فـــالحكم علـــى الغائـــب يعتبـــر صـــحيحاً إذا تـــم التبليغ بصورة صحيحة ومعتبرة في القانـــون ، ويعتبـــر الحكـــم علـــى الغائب باطلاً إذا كان التبليغ غير صحيح ،ويحق لهذا الغائب الاعتراض على الحكم الغيابي خلال الفترة التي حددها القانون وهي خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه بالحكم كما جاء في المادة السادسة بعد المائة من قانون أصول المحاكمات الشرعية.(٢)

---

(١)ابو الوفا ،أصول المحاكمات المدنية ،ص٥٠٥-٥١٣.
(٢)الظاهر،التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ،ص٩٦.

-المطلب الرابع : جهالة المدعى عليه :

اشــترط الفقهاء أن يكون المدعي عليه معلوماً ومعيناً ومعروفاً؛ حتى تكون الدعوى المقامة في مواجهة خصم معين،فلا تتوجه الدعوى لشخص مجهول،ومن شروط الدعوى أن يطلب فيها إلزام المدعى عليه بشيء،فكيف يمكن أن نلزم شخصاً مجهولاً،أو أن نحكم على مجهول، و إلزام المدعـــى علــيه لا يــتحقق مع جهالته ، وإن كان هذا الشرط من الشروط التي أغفلها كثير من الفقهاء،وهــذا ما أكد عليه علاء الدين نجل محمد أمين الشهير بابن عابدين في تكملته لحاشية رد المحــتار ، وقال :" ولا بد من بيان من يكون خصماً في الدعوى ليعلم المدعى عليه ،وقد أغفله الشارحون وهو مما لا ينبغي " (١) .

وهــذا الكــلام الذي ذكره ليس على إطلاقه،فقد ذكر بعض الفقهاء تطبيقات وأمثلة ، تدل علــى اعتبارهم لهذا الشرط، كالحسام الشهيد في شرحه لأدب القاضي للخصاف ، حيث ذكر أن عــدم تعــريف المدعـــى علــيه سبب في بطلان الحكم القضائي ، وبين أنه إذا كان يجتمع في المواصــفات المذكــورة عــن المدعى عليه اثنان،لم يقبل الحكم على أحدهما؛ لأن التعريف غير مكــتمل في ترجيح أحدهما،وليس أحدهما بأولى من الآخر،فقال :" وإذا كتب القاضي كتاباً وذكر فــيه اســم المدعـــي والمدعى عليه لا غير لا يصلح ما لم يذكر نسبه ،واختلفوا في النسبة إلى الجــد ،فــإن نــسبه إلى فخذه أو إلى تجاره أو صناعة كان ذلك زيادة في التعريف لا أن يكون شــرطاً لازمــاً، فإن ذكر اسم المدعى عليه ونسبه وصناعته أو فخذه وفي ذلك الفخذ أو في تلك الصناعة اثنان على ذلك الاسم والنسب لم يقبل القاضي الكتاب،حتى يقيم البينة على المطلوب أنه هــو الذي كتب فيه الكتاب؛ لأن التعريف لا يقع بهذا ،إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر ،وإذا لم يكــن فـــي تلك الصناعة أو القبيلة اثنان على ذلك الاسم أنفذ القاضي عليه الحكم ، لأنه وقع بهذا المعــرفة ،فــإن قال المطلوب في هذا الفخذ أو في هذه التجارة رجل على هذا الاسم والنسب لم يقبل منه،و لم تندفع عنه الخصومة من غير بينه " (٢) .

واشــتراط الفقهــاء فـــي الدعوى أن يترتب عليها فائدة، يعتبر اشتراطاً لمعلومية المدعى علــيه، فأي فائدة للدعوى إذا لم يكن نتيجتها إلزام المدعى عليه بالمحكوم به،وكيف نلزمه بالحكم وهو غير معروف،ومن نصوصهم الدالة على ذلك،ما ذكره ابن الهمام في اعتبار الدعوى فاسدة إذا لــم يلزم المطلوب شيئاً بالدعوى،فقال في تعداده لشروط صحة الدعوى : "وأن يتعلق به حكم

---

(١)علاء الدين ،محمد أمين ،تكملة رد المحتار على الدر المختار ط٨، ٧م،دار الفكر،بيروت،ج٧،ص٤٠٥.
(٢) الحسام الشهيد ،شرح أدب القاضي ،ص٣٩٦.

علـــى المطلـــوب "(١) ،فكيف نلزم المطلوب بالحكم إذا كان مجهولاً ؟ثم بين أن الدعوى تفسد بأمور منها :"أن لا يلزم على المطلوب شيء بالدعوى " (٢) .

وأكـــد البهوتـــي ذلـــك بأن الدعوى التي لا فائدة منها لا تسمع ،ويعلل عدم سماع الدعوى بعدم الفائدة ،وأسلفنا بأنه لا فائدة بإلزام المجهول فقال :" لم تسمع دعواه لأنه لا فائدة فيها ولم يحكم له بما ادعاه " (٣) .

كمـــا أن الفقهاء اشترطوا في المدعى عليه الأهلية،فلا تقام الدعوى على من ليس أهلاً،ولا على من لا يكون خصماً في الدعوى،ولا يمكن التحقق من أهلية مجهول،وشرط معلومية المدعى عليه اشترطه أهل القانون،و ألزموا بذكره (٤) .

وممـــا تقدم يتضح أن الحكم القضائي الصادر في حق مجهول حكم باطل ومردود ،فلا يمكن إلـــزام مجهـــول بـــشيء ،فلا بد في الحكم حتى يكون صحيحاً أن يحدد المدعى عليه وإلا كان باطلاً.

---

(١) ابن الهمام ،شرح فتح القدير،ج٧ ،ص١٤٣.
(٢)المصدر نفسه،ج٧،ص١٤٣.
(٣)البهوتي ،كشاف القناع ،ج٦،ص٣٥٣.
(٤)خوري،أصول المحاكمات الحقوقية،ص٢٣٨.

-المطلب الخامس : علاقة القاضي بالخصوم :

نـزاهة القضاء متوقفة على نزاهة القاضي ، ونزاهة القاضي متوقفة على إبعاده عن كل ما يعكـر صفو هذه النزاهة ، وعن كل ما يؤثر على حياد القاضي وعدالته،فهو مأمور بالحكم بين الـناس بالعدل،قال تعالى :" **وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل** " (١) ،وصلة القرابة أو العـداوة أو الـزوجية أو الصداقة،عوامل مؤثرة في نفس الإنسان،فالإنسان بطبعه يميل إلى أهله وقـرابته وزوجـته ،وبالمقابل يميل على من كان بينه وبينه عداوة ،وقد تنبه فقهاؤنا إلى خطورة هـذا الأمر،وذكـروا فـي كتـبهم أن القاضي يتأثر بهذه الدوافع،فهو ليس إنسان آلي مجرد من العواطـف والأحاسـيس ،فعندما يكون لهذه الدوافع تأثير على حكمه ،فإنه يتنحى عن نظر هذه الدعوى،وإلا اعتبر ذلك إخلالاً بقواعد الحياد ،فتحرص مختلف التشريعات الحديثة على ما ذكره الفقهـاء،من وضـع القـواعد والـضمانات التـي من شأنها حماية القاضي من التأثير بعواطفه الشخصية ؛ حتى يحافظ على حياده بين الخصوم،فيتحرر من الدوافع الشخصية والعاطفية،عندما ينظـر فـي الدعـوى،فلا يتأثر بروابط المصلحة أو الصداقة أو القرابة أو المصاهرة أو الأحقاد الشخـصية الـناتجة عن العداوة والكراهة،ويكون ذلك بطلب من الخصم أو بتنحي القاضي من تلقاء نفسه،في القضايا التي له فيها منفعة أو بينه وبين أحد الخصوم قرابة أو عداوة. (٢)

ولما تقدم نجد أن الفقهاء قد نصوا على أنه لا يجوز للقاضي أن ينظر الدعوى أو الحادثة، التـي يكون فيها الحكم لنفسه أو لمن لا تقبل شهادته لهم من الأقارب،كالأصول من الأب والجد، والفروع من الابن و ابن الابن،أو من بينه وبين القاضي مصلحة أو الزوجة (٣).

---

(١) سورة النساء ،آية (٥٨) .

(٢) -الكيلاني ،فاروق ،(١٩٩٧).استقلال القضاء ،(ط١). القاهرة :دار النهضة العربية ،ص١٨١.
- عبد الرحمن ،ابراهيم، (١٩٩٩). الوسيط، (ط١). عمان:دار الثقافة ، ،ص٣٩ .

(٣) -الحسام الشهيد،أدب القاضي للخصاف ،ص٣٧٠.
-ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص٦٥.
- عبد الله ،الكواكب الدرية ،ج٤،ص٢٢.
-النووي ،المجموع ، ج٢٠،ص١٢٩.
-ابن حجر ،تحفة المحتاج ،ج٤،ص٣٦٢،وهذا لفظ المنهاج .
-البهوتي ،شرح منتهى الإرادات ،ج ٣ ،ص٥٠٢.
-البهوتي ،كشاف القناع ، ج٦ ،ص٢٢٠.
-ابن مفلح ،المبدع ،ج١٠،ص٤٤.
-ابن أبي الدم ،أدب القضاء ،ص١٢٥.

إلا أن الظاهرية وشريحاً وأبا ثور أجازوا للقاضي أن يحكم على من لا تجوز له شهادته ويحكم له،حيث أجازوا شهادة كل عدل مقبول لكل أحد عليه،فيشهد الإبن لأبيه ولأمه ولجده ولجدته،والزوج لزوجته والزوجة لزوجها،وسائر الأقارب بعضهم لبعض كالأبعاد و لا فرق (١) ، واستدلوا لذلك بما يلي:

١- عموم الآيات الواردة في الشهادة كقوله تعالى:"**يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط**"(٢)، حيث أن هذه الآيات لم تفرق بين أن يكون الشاهد ذا صلة أو قرابة أو أن يكون من الأباعد، فالتهمة اعتبرها الشرع في الفاسق غير المأمون على قول الحق،ومنع اعتبارها وإعمالها في العدل المأمون .

٢- أن شريحاً قضى لامرأة بشهادة أبيها وزوجها ،فقال الرجل:إنه أبوها وزوجها ، فقال شريح :فمن يشهد مع المرأة إلا أبوها وزوجها .

٣- أجاز عمر بن عبد العزيز شهادة الابن لأبيه إذا كان عدلاً ،وهو مأمور ببيان الحق وإظهار القسط والعدل أجنبياً كان أو غير أجنبي ،ومن لم يفعل ذلك فقد عصى الله وأعان على الإثم والعدوان ،وقدر على تغيير منكر فلم يفعل ،بل أقر المنكر والباطل .

٤- أن حملته القرابة أو الصلة أو المصلحة على أن يشهد بباطل وبغير الحق ، فهو ممنوع من الشهادة على الأباعد أيضاً فلا فرق.(٣)

٥- قياس حكم القاضي لأقاربه على حكمه للأجانب . (٤)

والقضاء معتبر بالشهادة ،فكل من جازت شهادته له نفذ قضاؤه له ،وكل من لا تجوز شهادته له ،لا يجوز قضاؤه له ؛لأن ولاية القضاء فوق ولاية الشهادة .(٥)

والراجح هو إبعاد القاضي عن كل ما يؤثر في قضائه ،وصيانة القضاء عن التهمة ،فهذه العوامل تؤثر في نفس الإنسان ،والقاضي بشر،فنجنبه هذا الموقف والتهمة بأن يتنحى عن النظر في القضايا التي فيها تهمة .

---

(١)-ابن حزم ،المحلى،ج٩،ص٤١٥.
-ابن رشد،بداية المجتهد،ج٢،ص٥٧٠.
(٢)سورة الطلاق،آية٢.
(٣) ابن حزم ،المحلى،ج٩،ص٤١٥-٤١٧.
(٤)ابن قدامة،المغني،ج٩،ص١٠٨.
(٥)-الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٣٧٠.
-السرخسي،المبسوط،ج١٦،ص١٠٧.
- ابن رشد،بداية المجتهد،ج٢،ص٥٧٠.

ومـــع اتفاق المذاهب على أن حكم القاضي لمن بينه وبينه صلة أو قرابة لا يجوز ،إلا أن هناك بعض التفصيلات في هذه المذاهب لهذه القرابة أو الصلة ،سأعرضها بإيجاز وهي :-

أولاً : حكـــم القاضـــي لنفسه: لا يجوز حكم القاضي لنفسه اتفاقاً ؛لأنه لا يجوز أن يشهد لها ، ويتحاكم هو خصمه إلى قاضٍ آخر ،فهو متهم في الحكم لنفسه (١) .

والدليل على ذلك:

١- أن عمرَ-رضي الله عنه- تحاكم مع أبي بن كعب إلى زيد بن ثابت.

٢- أن علياً تحاكم -رضي الله عنه- مع يهودي إلى شريح.

وللقاضي أن يحكم على نفسه فيكون كالإقرار منه بما ادعاه خصمه عليه.(٢)فإذا حكم القاضي لنفسه كان حكمه باطلاً ومردوداً .

ثانـــياً: حكم القاضي لفرعه وأصله :لا يجوز حكم القاضي لفرعه أو أصله وإن علا وإن سفل، وذلك للبعضية والتهمة ،وله الحكم عليهم لعدم التهمة .(٣)

والمالكية عندهم قول بجواز الحكم لأصله وفرعه قياساً على حكمه للخليفة وهو فيه أقوى تهمة .

وهـــناك قـــول آخـــر بالتفـــصيل بأنه إن قال ثبت عندي لم يجز،وإن كانت الشهادة ظاهرةً جاز.(٤)

---

(١)-الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٣٧٠.
-السرخسي،المبسوط،ج١٦،ص١٠٧.
-ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٦٦.
-القرافي ،الفروق ،ج٤،ص١١٧١.
-الشيرازي،المهذب،ج٣،ص٣٨٠.
-ابن ابي الدم،أدب القضاء،ص١٢٠.
-ابن مفلح،المبدع،ج١٠،ص٤٤.
-البهوتي،شرح منتهى الإرادات،ج٣،ص٥٠٢.
-البهوتي،كشاف القناع،ج٦،ص٣٢٠.

(٢) -الشيرازي،المهذب،ج٣،ص٣٨٠.
-ابن قدامة،المغني،ج٩،ص١٠٨.
-البهوتي،شرح منتهى الإرادات،ج٣،ص٥٠٢.
وأثر عمر أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، البيهقي ،السنن الكبرى ،ج١٠،ص١٤٥.
وأثر علي أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، البيهقي ،السنن الكبرى ،ج١٠،ص١٣٦.

(٣) -الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٣٧٠.
-السرخسي،المبسوط،ج١٦،ص١٠٧.
-ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٦٥.
- القرافي ،الفروق ،ج٤،ص١١٧١.
-ابن رشد،بداية المجتهد،ج٢،ص٥٦٩.
-النووي،روضة الطالبين،ج٨،ص١٣١.
-ابن ابي الدم،أدب القضاء،ص١٢٠.
-الشيرازي،المهذب،ج٣،ص٣٨٠.
-البهوتي،كشاف القناع،ج٦،ص٣٢٠.

(٤)ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٦٥.

والظاهــرية يجيــزون شــهادة الفــرع لأصله ،والأصل لفرعه بلا فرق ،ولا يفرقون بين الأقارب والأباعد .(١)

فعلى قول الجمهور وهو الراجح لوجود التهمة والبعضية كما ذكروا وصيانة للقضاء من الميل والتأثر بهذه الصلة الوثيقة ، لو حكم القاضي لفرعه أو أصله فحكمه باطل ومردود .

ثالــثا: حكــم القاضـــي لــزوجته : لا يجــوز حكم القاضي لزوجته عند جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة ،واستدلوا على ذلك بِ:

١- أن كــل واحــد مــن الــزوجين يــرث الآخــر من غير حجب ،فكلاهما ينتفع بالحكم للآخر .

٢- أن شهادة كل واحد من الزوجين للآخر لا تجوز ،فلا يجوز القضاء ؛ لأن ولاية القضاء فوق ولاية الشهادة .

٣- يــسار الرجل يزيد نفقة المرأة وتبسطها في ماله ،ويسار المرأة ينفع زوجها ،فكل منهما ينتفع بشهادته لصاحبه فلا تقبل كشهادته لنفسه ،وكذلك القضاء حيث أنه معتبر بالشهادة.

٤- أن كل واحد منهما يعد منفعة صاحبه منفعته ،ويعد الزوج غنياً بمال زوجته .(٢)

وذهــب الــشافعية والظاهرية ورواية لأحمد وأبي ثور وابن أبي ليلى إلى جواز حكم القاضي لــزوجته ؛ لجــواز شــهادة كل منهما للآخر ،كما أن الزواج عقد منفعة ،فلا يمنع قبول الشهادة كالإجارة وسائر عقود المنفعة .(٣)

والــراجح قــول الجمهــور فلا يجوز للقاضي أن يحكم لزوجته ،لوجود التهمة ولقوة ما استدلوا بــه،أما أن عقد الزواج عقد منفعة كالإجارة ،فهذا قياس مع الفارق حيث أن عقد الزواج الأصل فــيه الديمومة والاستمرار بخلاف غيره من العقود ،كما أن العلاقة بين الزوجين في اشتراكهما

---

(١)ابن حزم ،المحلى،ج٩،ص٤١٦.

(٢) -السرخسي،المبسوط،ج١٦،ص١٠٧.
-الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٣٧١.
-ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٦٥.
-البهوتي،شرح منتهى الإرادات،ج٣،ص٥٠٢.
-ابن قدامة،المغني،ج٩،ص١٠٨.
-ابن مفلح،المبدع،ج١٠،ص٤٤.
-البهوتي،كشاف القناع،ج٦،ص٤٢٨.

(٣) -النووي،روضة الطالبين،ج٨،ص٢١٣.
-ابن حزم،المحلى ،ج٩،ص٤١٦.
-ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص١٩٥.
-ابن مفلح،المبدع،ج١٠،ص٢٤٣.

في المال قد تفوق في كثير من الأحيان العلاقة بين الابن وأبيه، فعلى قول الجمهور حكم القاضي لزوجته باطل ومردود ،وعلى القول الثاني حكمه نافذ وصحيح . (١)

رابعـاً : حكم القاضي لأخيه: يجوز حكم القاضي لأخيه، فقد نقل ابن قدامة الإجماع على جواز شـهادة الأخ لأخيه مستدلاً بعموم آيات الشهادة ،وأنه عدل غير متهم ،فشهادة الأخ لأخيه كشهادة الأجنبـي ،ولا يقـاس علـى الولد والوالد لأن بينهما بعضية وقرابة قوية بخلاف الأخ.وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية وشريح وعمر بن عبد العزيز .(٢)

فـإذا حكـم القاضـي لأخيه كان حكمه صحيحاً ونافذاً ،أما المالكية فقالوا لا يجوز أن يحكم القاضـي لأخـيه إذا كان في عياله؛ وذلك لأن جر منفعة إليه جر منفعة لنفسه،أما إن لم يكن في عـياله وكـان مبـرزاً فـي العدالة جاز له أن يحكم له في سائر الحقوق إلا النسب ؛لأنه تلحقه التهمة.(٣)

والمعتبـر فـي القـضاء معتبـر في الشهادة ،فلا يجوز قضاؤه على من لا تجوز عليه شهادته.(٤)

وعلى هذا القول إذا حكم القاضي لأخيه وكان في عياله ،فحكمه باطل ومردود ،أما إذا لم يكن فـي عـياله وكـان فـي الحقوق غير النسب كان الحكم صحيحاً ،أما على قول الجمهور فحكم القاضي لأخيه صحيحٌ ونافذ .

خامـساً: حكم القاضي لأقاربه: كالعم وابن العم وابن الأخ والخال والخالة جائز؛ لجواز شهادتهم لـه وشـهادته لهم،والحكم عليه كالحكم على الأجانب ،وهم بخلاف الإبن والوالد والأخ واشترط المالكية في الحكم لهم أن يكون مبرزاً في العدالة . (٥)

---

(١)لم نذكر حكم الزوجة على زوجها لأن الحنفية الذين أجازوا تولي المرأة للقضاء لا يقولون بجواز شهادة المرأة لزوجها .

(٢) -الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٣٧٠.
-النووي،روضة الطالبين،ج٨،ص٢١٤.
-ابن قدامة،المغني،ج٩،ص١٩٦.
-ابن حزم،المحلى،ج٩،ص٤١٦.

(٣) ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص١٧٩.

(٤)ابن رشد،بداية المجتهد،ج٢،ص٥٧٠.

(٥)- الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٣٧٠.
- ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٦٥.
-النووي،روضة الطالبين،ج٨،ص٢١٤.
-البهوتي،شرح منتهى الإرادات،ج٣،ص٥٩٦ .
-ابن حزم،المحلى ،ج٩،ص٤١٦.

فإذا حكم القاضي لأحد أقاربه من المذكورين فحكمه صحيح ونافذ.

سادساً :حكم الشريك لشريكه: لا يجوز للشريك الحكم لشريكه فيما هو شريك فيه ؛لأنه كالحكم لنفسه ولا يحكم القاضي لنفسه اتفاقاً للتهمة .

أما فيما ليس هو شريك فيه فشهادة الشريك لشريكه في هذه الحالة مقبولة ،فهو أجنبي عن شريكه ،والتهمة منتفية ،وسبب قبول الشهادة متحقق ،وكذلك القضاء له ، فالقضاء معتبر بالشهادة.(١)

فإذا حكم القاضي لشريكه فيما هو شريك فيه،فحكمه باطل وقضاؤه مردود،وإن حكم القاضي لشريكه فيما ليس هو شريك فيه ،فحكمه صحيح ونافذ .

سابعاً: حكم القاضي لعدوه : لا يجوز للقاضي أن يحكم على عدوه،كما لا يجوز أن يشهد عليه،وبه قال الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة وقول للحنفية .(٢)

والمراد بالعداوة: العداوة الدنيوية في مال أو جاه أو منصب .(٣)

استدلوا لذلك بأن العدو لا يصلح للشهادة ،فلا يصلح للقضاء لوجود التهمة .

وذهب الحنفية في الراجح إلى أن حكم القاضي على عدوه ، ينفذ إذا كان عدلاً.

ولو على عدوه قاضٍ حكم

إن كان عدلاً صح ذاك وانبرم .(٤)

وذهب الحنفية في قول والمالكية في قول إلى أن حكم القاضي على عدوه بعلمه لا يجوز،أما إذا كان ببينة ظاهرةٍ وشهود عدول،وبطلب من خصم شرعي جاز قضاؤه على عدوه. (٥)

---

(١)-السرخسي،المبسوط،ج١٦،ص١٤٧.
-الحطاب،مواهب الجليل،ج٦،ص١٥٦.
-النووي،روضة الطالبين،ج٨،ص١٣١.
-ابن قدامة،المغني،ج٩،ص١٩٠.

(٢) -ابن عابدين،رد المحتار،ج٥،ص٣٥٧.
-السرخسي،المبسوط،ج١٦،ص١٣٣.
-ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص١٨٠.
-النووي،روضة الطالبين،ج٨،ص١٣١.
-ابن أبي الدم،أدب القضاء،ص١٢١.

(٣) -ابن عابدين،رد المحتار،ج٥،ص٣٥٦.
-الدسوقي،حاشية الدسوقي، ج٤،ص٣٥٤.
-ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص١٨٠.
-البهوتي،كشاف القناع،ج٦،ص٤٣١.

(٤) ابن عابدين،رد المحتار،ج٥،ص٣٥٧.

(٥)-ابن عابدين،رد المحتار،ج٥،ص٣٥٧.
-الدسوقي،حاشية الدسوقي،ص٣٤٤.

واختار بعض العلما وفصـــــلا

إن كـــان بالعلم قضى لن يقبلا .

وإن يكــن بمــحضر مــن المــلا

وشـــهادة العـــدول قبلا.(١)

وذهـب بعـض المالكية في قول إلى أن القاضي يحكم على عدو مع الكراهة فإن وقع مضى، ويذكر في حكمه رضا الخصم بقبول ذلك ويشهد عليه .(٢)

والظاهـرية أجازوا قضاء العدو على عدوه إذا كانت هذه العداوة لا تخرجه إلى ما لا يحل ، ولا توصـله إلى ظلم عدوه ، أما إن وصلت العداوة هذا الحد فلا يجوز، قياساً على الشهادة على العـدو؛ حـيث ينظـر في العداوة فإن كانت تخرجه إلى ما لا يحل فهي جرحة فيه ترد شهادته.(٣)

والـراجح أن العـداوة إذا كانت في أمر دنيوي من جاه أو منصب أو مال فإنها توجب التهمة، فـلا يجـوز للقاضي أن يحكم على عدوه ،كما لا تجوز الشهادة على العدو؛ وذلك إبعاداً للقاضي عـن التهمة وصيانة للقضاء،فإذا حكم القاضي على عدوه فقضاؤه باطل وحكمه مردودعلى قول الجمهور،ويـنفذ حكمه على عدوه إن كان عدلاً عند الحنفية ،ويبطل حكم القاضي على عدوه إن كـان حكم بعلمه ،وينفذ إن حكم ببينة ظاهرة على قول عند الحنفية والمالكية،ويبطل حكم القاضي على عدوه إن كانت العداوة مما يخرج القاضي إلى ما لا يحل ،وإلى ظلم عدوه عند الظاهرية.

وقـد سبق الفقهاء أهل القانون،في وجوب تنحي القاضي عن نظر الدعوى،إذا وجد سبب من الأسباب التي تمنع القاضي من نظر الدعوى،لضمان النزاهة والحياد .

فـالحكم القـضائي الصادر لصالح شخص ممن لا تقبل شهادته للقاضي باطل ومردود،ولا يستحق الحجية التي للحكم الصحيح كما تقدم في أقوال الفقهاء .

كمـا أكـد الدكـتور محمد نعيم ياسين في كتابه حجية الحكم القضائي،أن الحكم الصادر لـصالح شـخص،ممن لا تقبل شهادته للقاضي،لا يحوز أي قدر من الحجية،ولا ينفذ فيه قضاء القاضـي،وذلك ضـماناً لنزاهة القضاء وحياد القاضي،وعدم تأثره بأي نوع من المؤثرات،وإبعاد للقاضي عن مواطن التهمة والشبهات ،فلا ينفذ قضاء القاضي لنفسه أو لوكيله،أو وكيل وكيله أو لـزوجته أو قـضاء الزوجة لزوجها عند من يقول بجواز تولية المرأة للقضاء ،ولا لشريكه إذا

---

(١) ابن عابدين،رد المحتار،ج٥،ص٣٥٧.
(٢)ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٦٥.
(٣)ابن حزم،المحلى،ج٩،ص٤١٨.

كانت الخصومة في مال الشركة،وكل قضاء وقع وهذه حاله فهو باطل،ليس له أي مظهر من مظاهر الحجية ،وعلى كل قاض يرفع إليه هذا الحكم أن يبطله .(١)

"ونصت المادة ١٨٠٨ من مجلة الأحكام العدلية على أنه:" يشترط أن لا يكون المحكوم من أصول الحاكم وفروعه،وأن لا يكون زوجته أو شريكه في المال الذي سيحكم به وأجيره الخاص وممن يتعيش بنفقته،بناءً عليه ليس للحاكم أن يسمع دعوى واحد من هؤلاء ويحكم له " (٢) .

كما بين أن من شروط حيازة الحكم القضائي للحجية،أن لا يكون بين المحكوم عليه وبين القاضي أي نوع من أنواع العداوة ،فإن كان بين المحكوم عليه والقاضي عداوة وطعن المحكوم بالحكم عليه بالعداوة ،وأثبت ذلك وجب نقض الحكم . (٣)

وقد اعتبر الدفع بدعوى عداوة القاضي،أو حكمه لنفسه أو لأقاربه،الذين لا تجوز شهادته لهم من أنواع دفع الدعوى .(٤)

وقد أخذ القانون بكل الأسباب المتقدمة ،وأوجب على القاضي التنحي عن نظر الدعوى إذا وجد أي سبب من الأسباب التي ذكرها الفقهاء ، فأجاز رد القاضي عن نظر الدعوى في الحالات التالية :

١- إذا كان له أو لزوجته مصلحة مباشرة،أو غير مباشرة في الدعوى،ولو بعد انحلال عقد الزواج .

٢- إذا كان بينه وبين أحد المتداعيين قرابة،أو مصاهرة من عمود النسب،أو من الحاشية لغاية الدرجة الرابعة،ولو بعد انحلال الزواج الذي نتجت عنه المصاهرة .

٣- إذا كان خطيباً لأحد المتداعيين .

٤- إذا سبق له أن كان وكيلاً قانونيا لأحد الخصوم.

٥- إذا سبق أن كان شاهداً في القضية .

٦- إذا كان أحد المتداعين قد اختاره حكماً في قضية سابقة .

٧- إذا وجد بينه وبين أحد الخصوم عداوة شديدة .

٨- إذا كانت قد أقيمت بينه وبين أحد الخصوم،أو أحد أقاربه أو أصهاره،لغاية الدرجة الرابعة، دعوى مدنية أو جزائية،في خلال السنوات الخمس السابقة .

---

(١)ياسين ،حجية الحكم القضائي،ص٨٤٠.
(٢) حيدر علي ،(١٩٩١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية ، ط١، ٤م،(تعريب المحامي فهمي الحسيني)، بيروت :دار الجيل ،ج٤،ص٦١٤.
(٣)ياسين ،حجية الحكم القضائي ،ص٤٨.
(٤)الدغمي ،دعوى التناقض والدفع في الشريعة الإسلامية ،ص٢٢٣.

٩- إذا كـــان أحـــد أقـــارب القاضـــي أو أصهاره للدرجة الرابعة ،وكيلاً في الدعوى عن أحد الخصوم ،أو كان أحد هؤلاء الأقارب أو الأصهار قد سبق له أن قضى فيها .

١٠- لا يجـــوز في جميع المحاكم أن يجمع في غرفة واحدة،قضاة تربط بعضهم ببعض صلة قربى،أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة .

وكـــل الأسباب السابقة الذكر،الهدف منها حماية نزاهة القضاء،والعدالة وحياد القاضي، الذي قـــد يتأثـــر بـــسبب المودة،أو العداوة أو المصلحة الشخصية،وقد ذكر قانون أصول المحاكمات المدنـــية المـــصري ســـبباً آخـــر وهـــو اعتياد مآكلة أحد الخصوم أو مساكنته أو سبق أن تلقى مـــنه هديـــة.(١) ، وقـــد ورد هذا السبب في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني في المادة الرابعة والثلاثين بعد المائة ،الفقرة الثانية .

وفـــي قانـــون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (٢٦) لسنة (٢٠٠٢) ،جاء تفصيل رد القضاة وتنحيتهم عن نظر الدعوى في المواد التالية :

-المادة ١٣٢:

يكـــون القاضي غير صالح لنظر الدعوى،ممنوعاً من سماعها،ولو لم يرده أحد من الخصوم في الأحوال التاليـــة :

١- إذا كان زوجاً لأحد الخصوم،أو كان قريباً أو صهراً إلى الدرجة الرابعة .

٢- إذا كان له أو لزوجه خصومة قائمة،مع أحد الخصوم أو مع زوجه .

٣- إذا كـــان وكيلاً لأحد الخصوم في أعماله الخاصة،أو وصياً عليه أو قيماً،أو مظنونة وراثته لـــه، أو كـــان زوجاً لوصي أحد الخصوم أو القيم عليه أو كانت له صلة قرابة،أو مصاهرة للدرجـــة الرابعة بهذا الوصي أو القيم بـــأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصة أو أحد مديريها،وكان لهذا العضو أو المدير مصلحة شخصية في الدعوى .

٤- إذا كـــان له أو لزوجه أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب،أو لمن يكون هو وكيلاً عنه،أو وصياً أو قيماً عليه ،مصلحة في الدعوى القائمة .

٥- إذا كان بينه وبين أحد قضاة الهيئة صلة قرابة،أو مصاهرة للدرجة الرابعة،أو كان بينه وبين المدافع عن أحد الخصوم صلة قرابة،أو مصاهرة للدرجة الثانية .

٦- إذا كـــان قـــد أفتـــى أو تـــرافع عن أحد الخصوم في الدعوى،ولو كان ذلك قبل اشتغاله في القضاء ، أو كان قد سبق له نظرها قاضياً،أو خبيراً أو محكماً أو كان قد أدى شهادة فيها.

---

(١) أبو الوفا ،أصول المحاكمات المدنية ،ص٩٦.

٧- إذا كان قد رفع دعوى تعويض على طالب الرد أو قدم ضده بلاغاً لجهة الاختصاص .

-المادة ١٣٣:

يقـع بـاطلاً عمل القاضي أو قضاؤه في الأحوال المشار إليها في المادة السابقة،ولو تم باتفاق الخـصوم،وإذا وقـع هذا البطلان في حكم صدر من إحدى هيئات التمييز جاز للخصم أن يطلب منها إلغاء الحكم وإعادة نظر الطعن أمام هيئة تمييز لا يكون فيه القاضي المتسبب في البطلان .

فنصت المادة على بطلان الحكم القضائي في الأحوال السابقة حتى ولو اتفق الخصوم على ذلك.

-المادة ١٣٤:

١- إذا كان له أو لزوجه دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها أو إذا جدت لأحدهما خصومة مع أحد الخصوم أو مع زوجه بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضي،ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المطروحة عليه .

٢- إذا كـان لمطلقـته التي له منها ولد،أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب خصومة قائمـة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجه،ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضي بقصد رده .

٣- إذا كان أحد الخصوم يعمل عنده .

٤- إذا كان قد اعتاد مساكنة أحد الخصوم،أو كان قد تلقى منه هدية قبيل رفع الدعوى أو بعده.

٥- إذا كـان بيـنه وبـين أحد الخصوم عداوة أو مودة،يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل.

وقد جاء في أصول المحاكمات الشرعية في المادة ١٢٥ النص على هذه الحالات وعلى وجوب تنحية القاضي عن رؤية الدعوى إذا وجد سبب من الأسباب السابقة .(١)

---

(١) راتب الظاهر ، التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ،ص١٠٣.

-المبحث الخامس : بطلان الحكم لخلل في البينة :

البيـــنة فـــي اللغـــة :من بان الشيء،إذا ظهر واتضح ، والبيان الحجة والمنطق ، والبين الواضح ، والبينة الحجة الواضحة،والبيان ما تبين به الشيء من الدلالة وغيرها (١).

والبينة في الاصطلاح: " اسم لــكل ما يبين الحق ويظهره " (٢) .

وتطلــق البيــنة عند الفقهاء، ويراد بها الشهادة ، وتطلق ويراد بها كل ما بين الحق وأظهره عمــوماً ، فقد يظهر الحق بغير الشهادة ويكون أقوى في دلالته منها ، ومن خص البينة بالشهادة لــم يوف مسماها حقه،فلم تأت البينة في القرآن قط مقتصرةً على الشهادة ، وإنما أتت مراداً بها الحجــة والدليل والبرهان ، والنبي-صلى الله عليه وسلم- حينما قال :" البينة على المدعي " أراد بها ما يصحح دعواه ليحكم له،والشهادة نوع من أنواع البينة . (٣)

والبينات وطرق الحكم في الفقه الإسلامي المعروفة والمشهورة هي: ١- الإقرار٢-الشهادة ٣- اليمين ٤- النكول ٥- القرائن ٦-علم القاضي .

وقــد توســع بعض الفقهاء في هذه البينات والطرق،وأوصلها إلى أكثر من ذلك ،فابن القيم في الطرق الحكمية أوصلها إلى خمسة وعشرين طريقاً(٤)، وقد أوصلها ابن فرحون إلى سبعين طــريقاً فعنون لها في كتاب تبصرة الحكام في القسم الثاني من الكتاب "أنواع البينات وما يتنزل منزلتها وما يجري مجراها وينحصر ذلك في سبعين بابا"(٥) .

ومظــان هــذه الطرق المؤلفات الخاصة بطرق ووسائل الإثبات،كالطرق الحكمية في الــسياسة الشرعية لابن القيم قديماً،وكوسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية للدكتور محمد الزحيلي .

ومــا يمس موضوعنا هي الأسباب التي تؤدي إلى بطلان البينة بأنواعها،وبالتالي بطلان الحكم المــستند إلـــى تلك البينة ، وذلك أن لكل نوع من هذه الأنواع أركاناً وشروطاً لقبولها والاعتماد علــيها فـــي الحكم،فــإذا فقدت البينة ركناً من أركانها،أو شرطاً من شروطها،كان ذلك سبباً في بطلانهــا ، وســأتناول بــإذن الله هــذه الطرق بتعريفها ، ثم بيان شروط تلك البينة التي بفقدها تبطل،وتسبب بطلان الحكم القضائي المستند إليها،وقد قسمت هذا المبحث إلى ستة مطالب:

---

(١) -ابن منظور،لسان العرب ،ج١٣،ص٦٧ .
- الرازي ،مختار الصحاح ، ص٥٢.
- إبراهيم أنيس وآخرون ،المعجم الوسيط ، ج١،ص٧٩.

(٢)- ابن القيم ،الطرق الحكمية ، ص١٢ .

(٣)المصدر نفسه ،ص١٢ .

(٤)المصدر نفسه ،ص١٠٨-٢١٦.

(٥)ابــن فرحون،تبــصرة الحكــام ،مــن صــفحة ٢١١الجزء الأول،إلى نهاية الجزء ،ومن بداية الجزء الثاني إلى ص١٠٣.

-المطلب الأول: بطلان الحكم لخلل في الإقرار .

الإقرار إخبار عن ثبوت حق لغيره على نفسه (١) .

و يعتبر الإقرار من أول وأقوى طرق الإثبات القضائي،ويعتبر أول هذه الطرق؛لأن المدعي إذا أقام الدعوى لا يطلب منه البينة،إلا بعد سؤال المدعى عليه عن الدعوى،فإن أقر بالحق المدعى به،لم يكن هناك حاجة لمطالبة المدعي بالبينة ،فالبينة تكون في حالة الإنكار،فإن أنكر المدعى عليه الدعوى،كلف القاضي المدعي بإثبات دعواه ،واعتبر الإقرار من أقوى طرق الإثبات القضائي وأبلغ البينات؛ لأنه إخبار تنتفي فيه التهمه والريبة فهو أقوى وآكد من الشهادة ، ومن النادر أن يقر الإنسان على نفسه بما ليس بحق . (٢)

فقول الإنسان على نفسه أوجب من دعواه على غيره ، ومن لم يجز إقراره على نفسه من صغير ونحوه، لم تجز شهادته على غيره (٣).

ولا بد لاعتبار الإقرار صحيحاً من توفر أركانه ، قال ابن فرحون :"وللإقرار أربعة أركان الصيغة والمقر والمقر له والمقر به " (٤) ،والشروط المطلوبة في هذه الأركان،إذا اختل شرط منها،كان الإقرار باطلاً،والحكم المبني عليه كذلك ، وعليه فيكون الإقرار باطلاً في الحالات التالية :

---

(١)ابن الهمام ،شرح فتح القدير ،ج٧،ص٢٩٦.
(٢)-ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج٢،ص٥٣.
-النووي ،المجموع، ج٢٠،ص٢٨٩.
-البهوتي ،كشاف القناع ،ج٦،ص٤٥٣.
(٣)ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج٢،ص٥٣.
(٤)المصدر نفسه ٢ص٥٤.

-أولاً : بطلان الحكم لخلل في المقر :

يكون الحكم المبني على الإقرار باطلاً، إذا كان الإقرار باطلاً لخلل في المقر في الحالات التالية :

١-إذا كـان المقـر ليس أهلاً للإقرار،فلا يبنى على هذا الإقرار حكم ،وإن وقع حكم بناءً على إقـرار مـن لـيس أهـلاً كـان هـذا الحكم باطلاً؛حيث يشترط في المقر أن يكون مكلفاً بالغاً عاقلاً.(١)، فلا يصح إقرار المجنون ولا الصبي .

وقد بوب البخاري لحديث ماعز بقوله : " باب لا يرجم المجنون والمجنونة".

فالنبـي -صلى الله عليه وسلم- لم يقبل إقرار ماعز،إلا بعد أن تأكد من خلوه من الجنون، فسأله وسأل من حوله عن عقله بقوله :" أبك جنون "؟ .

وفـي روايـة مسلم،ثم سأل قومه فقالوا :ما نعلم به من بأس،إلا أنه أصاب شيئاً يرى أنه لا يخرجه منه،إلا أن يقام عليه الحد (٢) ،فالنبي -صلى الله عليه وسلم- لم يقبل إقرار ماعز إلا بعد التثبـت بنفسه من أهلية ماعز وأضاف إلى ذلك التحقق من قومه،فلما ثبتت له أهليته قبل إقراره وبـنى علـيه الحكـم ،وقد اعتبر الفقهاء هذا الشرط ، ومن نصوصهم في ذلك :" وإذا أقر الحر العاقل البالغ بحق لزمه إقراره " . (٣)

" ولا يصح الإقرار إلا من بالغ عاقل مختار ، وأما الصبي والمجنون فلا يصح إقرارهما "(٤).

فـلا يصح إقرار المجنون ولا الصبي،فيبطل الحكم المبني على الإقرار الصادر من الصبي والمجنون .

٢- إذا كـان المقر مكرهاً ،فلا يصح إقرار المكره فالحكم المبني على إقرار المكره باطل ؛لأنه لا عـبرة بإقـرار المكـره ،ولأنـه قـول أكـره عليه بغير حق، فلم يصح كالبيع.(٥)أي كبيع المكره،والبيع لا يكون إلا بالرضا.

٣- إذا كان المقر في حالة سكر بطريق مباح مختاراً كشرب دواء أو نحوه ،أو شرب الخمر،لا يعلـم أنهـا خمـراً، فـيكون الحكم المبني على إقراره في هذه الحالة باطل ، أما إن كان السكر

---

(١) -ابن الهمام،شرح فتح القدير،ج٧،ص٣٠١.
- ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج٢،ص٥٤.
- النووي ،المجموع ،ج٢٠،ص٢٩٠ .
-البهوتي ،شرح منتهى الإرادات،ج٣،ص٦١٧.

(٢) البخاري ،صحيح البخاري ،ج٦،ص٢٤٩٩.
ومسلم ،صحيح مسلم بشرح النووي ،ج١١،ص١٩٧.

(٣) الميرغناني ،الهداية شرح البداية المطبوع مع فتح شرح القدير ،ج٧،ص٣٩٨.

(٤) النووي ،المجموع ،ج٢٠،ص٢٩٠ .

(٥) -ابن الهمام،شرح فتح القدير،ج٧،ص٢٩٩.
-النووي ،المجموع ،ج٢٠،ص٢٩٠ .

بطريق حرام كشرب الخمر مختاراً، فيؤاخذ بإقراره إلا فيما يتعلق بالحدود وحقوق الله تعالى،فلا يعتبر إقراره بها . (١)

٤-إذا كان المقر متهماً بإقراره،كإقرار المريض لوارث ،فالحكم المبني على إقرار المريض لوارث باطل لأنه متهم بهذا الإقرار،بخلاف إقرار المريض بمال لغير وارث؛ لأنه غير متهم في ذلك(٢). و نقل ابن المنذر الإجماع على صحة إقرار المريض لغير وارث فقال:"واجمعوا على أن إقرار المريض في مرضه كالدين لغير الوارث جائز إذا لم يكن عليه دين في الصحة"(٣).

٥- إذا كان المقر محجوراً عليه،وكان الإقرار بمال فلا يصح إقراره ويبطل الحكم المبني على هذا الإقرار .(٤)

- ثانياً : بطلان الحكم لخلل في صيغة الإقرار: فالحكم المبني على إقرار صيغته غير واضحة باطل ومردود ، والصيغة لفظ أو ما يقوم مقامه،مما يدل على توجه الحق قبل المقر،كالإشارة والكتابة والسكوت ،فالإشارة من الأبكم ومن المريض ،إذا قيل للمريض هل لفلان عندك كذا فأشار برأسه أن نعم ،فهذا إقرار منه،والكتابة مثل أن يكتب بيده بمحضر قوم،ويقول اشهدوا على ما فيه،وذلك لازم وصحيح وإن لم يقرأه عليهم .

ويشترط في الصيغة،أن يكون اللفظ دالاً على الإقرار،وهذا يقتضي وضوح اللفظ والصيغة ،وأنها لا تحتمل غير الإقرار بالحق،**فالإقرار** اعتراف الإنسان بحق عليه بكل لفظ دال على الإقرار. (٥)

-ثالثاً : بطلان الحكم لخلل في المقر له :

يكون الحكم باطلاً إذا بني على إقرار باطل لخلل في المقر له،وذلك في الحالات التالية:

---

(١) -ابن الهمام،شرح فتح القدير،ج٧،ص٣٠٢.
-ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج٢،ص٥٤.
-النووي ،المجموع ،ج٢٠،ص٢٩٠ .
-البهوتي ،شرح منتهى الإرادات،ج٣،ص٦١٧.

(٢) الشيباني ،نيل المآرب شرح دليل الطالب ،ج٢،ص٤٩٧.

(٣) -ابن المنذر ،محمد ابن إبراهيم ،(ت٣١٨هـ).الإجماع ،ط١،(تحقيق عبدا لله البارودي)،مؤسسة الكتب الثقافية ، بيروت ، ١٩٨٦،ص٧٥.
-الشيباني ،نيل المآرب ،ج٢،ص٤٩٧.
-النووي ،المجموع ،ج٢٠،ص٢٩٣ .

(٤) الميرغناني ،الهداية شرح البداية المطبوع مع فتح شرح القدير ،ج٧،ص٣٠٠.

(٥)-ابن الهمام ،شرح فتح القدير ج٧،ص٣٠٤.
-ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج٢،ص٥٤.
-النووي ،المجموع ،ج٢٠،ص٢٨٩.
-البهوتي ،كشاف القناع ، ج٦،ص٤٥٣.
-عالية ،سمير،(١٩٩٧م) .نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام ،(ط١) . المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،ص٣٦٩.

١-إذا كان المقر له مجهولاً ،فلا يصح الإقرار لمجهول ؛ لأنه لا يصلح أن يكون مستحقاً،فجهالة المقر له تمنع صحة الإقرار .

٢-إذا كـان المقـر له ليس أهلاً للاستحقاق،وممن لا تثبت له الحقوق،فلا يصح الإقرار للجماد والحـيوان كـدار أو بهيمة ،ويجوز لمسجد أو مقبرة أو طريق؛ لأنه إقرار لمن يصح الإقرار له فيلزم لجهة خير .

٣-إذا كـذب المقـر له المقر،بطل الإقرار؛لأن تكذيب المقر له،دليل على عدم اللزوم،واللزوم لم يعـرف ثبوته فلا يثبت مع الشك،ويكون للمقر الحق في أن يتصرف فيما أقر به بما شاء،و يبقى المقـر بـه بيد المقر،ولا يقبل أن يعود المقر له إلى دعواه ،وإن عاد المقر وادعاه لنفسه أو أنه لثالث قبل منه ذلك،ولا يفيد رجوع المقر له بالمطالبة،إلا إذا رجع المقر إلى الإقرار.(١)

-رابعاً : بطلان الحكم لخلل في المقر به :

يكون الحكم باطلاً إذا بني على إقرار باطل لخلل في المقر به ،وذلك في الحالات التالية:

١- إذا كـان المقر به مجهولاً ،فيشترط في المقر به أن يكون معلوماً ،ويصح بالمجمل على أن يطالب بالبيان والتفصيل .

والمقر به قسمان :نسب أو مال .

أما النسب فلو أقر مكلف بنسب صغير أو مجنون أو مجهول النسب،وكان المقر أكبر منه سناً بعشر سنين فأكثر(٢)، ولم ينازعه منازع ثبت نسبه؛لأن الظاهر أن الشخص لا يلحق به من ليس منه،أما إن كان المقر به كبيراً عاقلاً لم يثبت نسبه حتى يصدق؛ لأن قوله معتبر وصحيح.(٣)

أمـا الإقرار بالمال فمطلق ومقيد ، **فالمطلق** ما صدر غير مقترن بما يقيده،أو يرفع حكمه، **والمقـيد** إمـا بـالمحل أو بالعلم أو بالشرط أو بالاستثناء أو بارتباطه بما يبطله ، **ومثال المقيد بـالمحل** كقو له غصبت فلاناً ثوباً في منديل،أخذ بالثوب والمنديل،وصدق في صفتهما ،وقيل لا يلـزمه المـنديل ،**وقيد العلم** كقوله له علي ألف درهم فيما أعلم،أو فيما أحسب،فقيل أنه يلزمه، وقـيل أنه أدخل عليه الشك فلا يلزمه ،**والشرط** كقوله له علي مائة أن حلف أو متى حلف ،فقال

---

(١)-ابن الهمام ،شرح فتح القدير ج٧،ص٣٠٢.
- الكاساني ،بدائع الصنائع ،ج٧،ص٢٣٢.
-ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج٢،ص٥٥.
-الشيباني ،نيل المآرب ،ج٢،ص٤٩٧.
-البهوتي ،كشاف القناع ، ج٦،ص٤٥٣.

(٢)لأنه السن المحتمل أن يكون فيه المقر أبا ،ولا يتصور أن يكون الفرق بين الأب والابن أقل من عشر سنين.

(٣)-الميرغناني،الهداية شرح البداية،ج٧،ص٣٦٦.
- ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج٢،ص٥٥.
-الشيرازي،المهذب،ج٣،ص٤٨٤.
-البهوتي ،كشاف القناع ،ج٦،ص٤٦٠.

المقـــر : مـــا ظننت أنه يحلف لم يلزمه إقراره إجماعاً ،**والاستثناء** كقوله له علي ألف درهم أن شـــاء الله لا يـــنفعه الاستثناء بالمشيئة ،أو استثنى الجميع لزمه الإقرار ،ولا ينفعه الاستثناء كأن يقول له علي ألف درهم إلا ألف درهم .

وقـــيل : لا يلزمه لأنه أدخل ما يوجب الشك،**ومثال ما يعقب الإقرار بما يبطله**،كأن يقول له عـــندي ألف درهم،ثمن خمر أو خنزير،لم يلزم المقر شيء،إلا أن يقول المقر له،بل هي ثمن لبر فيلزم يمين الطالب.(١)

وقـــال الحنفية لا فرق بين أن يكون مجهولاً أو معلوماً؛لأن الحق قد يلزم مجهولاً أو معلوماً كمن أتلف ما لا يدري قيمته ،ويبقى في ذمته حساب بحاجة إلى تقدير فلزمه بهذه الحالة الإقرار مع أنه إقرار بمجهول ،ويلزمه البيان والتفصيل ،وإن امتنع أجبره القاضي على ذلك؛ لأنه يلزمه الخروج عما أقر به ،ولا يمكن الخروج إلا بالبيان (٢) .

فقول الحنفية بالإقرار بالمجهول لا يكاد يخرج عن قول الجمهور،حيث أنهم قبلوه مع اشتراط البـــيان والتفصيل وأعطوا الحق للقاضي بإجباره إن امتنع عن البيان في حال علمه بما أقر ،وإن كـــان لا يعلم يبقى في ذمته على أن يتم تقديره، وبالتالي بيانه قبل بناء الحكم عليه ،فيكون الحكم المبني على الإقرار بالمجهول قبل بيانه وتفصيله باطلاً .

٢- إذا كان المقر به غير محتمل الثبوت ، كما إذا ادعى شيئاً منذ عشرين سنة،وعمره عشرون سنة أو أقل فلا يصلح إقراره لاستحالة وقوعه عقلاً (٣) .

٣-إذا حكـــم القاضـــي مستنداً إلى تعدية الإقرار إلى غير المقر كان الحكم باطلاً، فالإقرار حجة قاصـــرة على المقر،غير متعدية إلى الغير ،بخلاف البينة فإنها حجة متعدية، أما الإقرار فينفذ في حـــق المقـــر وحده ،وهذا لا يتنافى مع أن الإقرار حجة شرعية فوق الشهادة،لانتفاء التهمة لأن القـــوة والضـــعف وراء الثقة به،واتصاف الإقرار بالاقتصار والشهادة بالتعدية لا ينافى اتصاف الإقرار بالقوة والشهادة بالضعف بالنسبة إلى انتفاء التهمة، فالشهادة دون الإقرار(٤).

كمـــا أن الإقـــرار ملزم ولا يجوز الرجوع عنه،فإذا أقر وحكم بناءً على إقراره،ثم أنكر بعد الحكم،فلا يفيده إنكاره ولا ينقض الحكم .(٥)

---

(١)ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج٢،ص٥٥.
(٢)الميرغناني،الهداية شرح البداية،ج٧،ص٣٠٢.
(٣)- ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص١٠٤.
-البهوتي ،كشاف القناع ، ج٦،ص٤٥٣.
(٤)ابن الهمام ،شرح فتح القدير ، ج٧،ص٢٩٩.
(٥)الدسوقي ،حاشية الدسوقي ،ج٤،ص١٥٩.

-المطلب الثاني : بطلان الحكم لخلل في الشهادة :

والشهادة: شهد الشاهد عند الحاكم أي بين ما يعلمه وأظهره ،والمشاهدة المعاينة (١).

و تعتبـــر الـــشهادة في المرتبة الثانية من البينات بعد الإقرار، و هي إخبار الشخص بحق على غيره بلفظ خاص . (٢)

ويشترط في الشهادة شروطاً ،ويكون الحكم المبني على الشهادة باطلاً، إذا بني على شهادة لم تستكمل شروطها، ويظهر ذلك في الحالات التالية:

أولاً : إذا صـــدر الحكم مبنياً على شهادة من شخص غير أهل للشهادة ،والشروط المعتبرة في الشاهد ليكون أهلاً للشهادة هي:

١-**العقـــل والـــبلوغ :** فيـــشترط أن يكون الشاهد عاقلاً بالغاً بالاتفاق،فلا تقبل شهادة المجنون والمعتوه والسكران والصبي لعدم الثقة بها. (٣)

فـــالحكم المبنـــي على شهادة المجنون والمعتوه والسكران باطل ومردود،والحكم المبني على شهادة الصبيان باطل عند الجمهور.

وأجاز المالكية شهادة الصبيان،ووضعوا لها قيوداً ،فإن اختل قيد من هذه القيود،أو شرط منها لـــم تجز،وهي أن يكون الصبيان أحراراً مميزين ،اثنين فأكثر،ذكوراً،وليسوا أقرباء للمشهود له، ولا أعـــداء ،وأن تكـــون الشهادة في محل الواقعة قبل تفرقهم إلى منازلهم ،وعدم دخول شخص بالـــغ بينهم قبل سؤالهم عما حصل،وأن تكون الجناية جرحاً بسكين ونحوها ،وإن زاد على ذلك فلا تقبل شهادتهم،وأن تكون الشهادة متفقة غير مختلفة ،وأن يكون محكوماً لهما بالإسلام.(٤)

واستدلوا على ذلك بما يلي:

١-جـــواز هذه الشهادة للضرورة،إذ لو أهملت لأدى ذلك إلى ضرر كبير،وهدر وجنايات تعظم، وقد حكى جواز ذلك عن جماعة من الصحابة كعلي بن أبي طالب وعبد الله وعروة بن الزبير.

٢- أن الـــشرع قد ندب إلى تعليم الصبيان الرمي والتدرب على السلاح ،وسائر ما يدربهم على تقـــوية أعـــضائهم وأجسامهم ،وتعليمهم البطش والحمية والأنفة ،ومعلوم أنهم في غالب أحوالهم

---

(١) لسان العرب ،ابن منظور ،ج٣،ص٢٣٩.
(٢) ابن حجر،تحفة المحتاج،ج٤،ص٤٠١.
(٣) -ابن الهمام ،شرح فتح القدير ،ج٦،ص٤٤٦.
- ابن حجر ،تحفة المحتاج ،ج٤،ص٤٠١.
- ابن قدامة ،المغني ،ج٩،ص١٦٦.
- ابن حزم ،المحلى ،ج٩،ص٤٢٠.
(٤) - ابن فرحون ،تبصرة الحكام ، ج٢،ص ٣٦.
-الجعلي ،سراج السالك شرح أسهل المسالك ،ج٢،ص٢٠٧.
-القرافي ،الفروق،ج٤،ص١٢٥٢.

يخلـــون وأنفســـهم فـــي ذلك،وقد يجني بعضهم على بعض،فلو لم تقبل قول بعضهم على بعض لأهدرت دماؤهم.

٣- احتاط الشارع بحق الدماء،حتى قبل فيها اللوث واليمين ،ولم يقبل ذلك في درهم واحد،وعلى قـــبول شـــهادتهم تواطـــأت مذاهب السلف الصالح ،فقال به علي بن أبي طالب ومعاوية بن أبي ســفيان وعبد الله بن الزبير-رضي الله عنهم-،ومن التابعين سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وعمـــر بـــن عـــبد العزيـــز ،والشـــعبي والنخعي وشريح وابن أبي ليلى وابن شهاب وابن أبي مليكة وقال :" ما أدركت القضاة إلا وهم يحكمون بقول ابن الزبير وقال: "هي السنة" (١) .

وقـــد حمـــل ابـــن حزم على المالكية،ووصف قولهم بأنه تحكم بالباطل وخطأً لا خفاء فيه، ولـــيس لـــه حجـــة لا مـــن قرآن،ولا من سنة،ولا رواية سقيمة،ولا قياس،ولا نظر، بل هو قول متـــناقض، فـــرق بيـــن شـــهادتهم علـــى كبير أو لكبير،أو على صغير أو لصغير وبين الجراح وغيرها،وفرق بين الصبايا والصبيان (٢) .

أما أدلة الجمهور فهي عموم الآيات التي تشترط العدالة في الشاهد-" **وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله** " (٣) ؛لأن من لا يقبل قوله على نفسه في الإقرار،لا تقبل شهادته على غيره كالمجـــنون .(٤) وكما أنهم لم يقبلوا شهادة الصغار في المال،فلا تقبل في الجراح،كما أن المالكية قـــبلوا شـــهادة الصبيان بالشروط والقيود سالفة الذكر،وليس على إطلاقها،وكما وصفها ابن رشد بأنهـــا ليســـت فـــي الحقـــيقة شـــهادة عند مالك،وإنما هي قرينة حال ؛ ولذلك اشترط فيها أن لا يتفرقوا (٥) .

-**الراجح:** بالغ ابن حزم برده،فقولهم يتفق مع المقصد العام للشريعة،من حفظ الحقوق وصيانتها، وبعـــدم قبول شهادتهم إضاعة للحقوق وتفريط بها ،وما قبلت هذه الشهادة إلا للضرورة ،كما أن القضاء بشهادتهم منقول عن جمع من السلف ،بالإضافة إلا انهم وضعوا من القيود والضوابط ما يضـــمن ســـلامة هـــذه الشهادة من تدخل الكبار، وقيدوها بالجراح كما أن ابن رشد وصف هذه الشـــهادة بقرينة الحال التي يستعان بها في بيان الحق،فالصغار في لعبهم واجتماعهم لا يحضرهم من هو أهلٌ للشهادة . وهذا ما أكد عليه ابن القيم في الطرق الحكمية . (٦)

---

(١)- ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج٢،ص٣٦.
-ابن القيم ،الطرق الحكمية ،ص١٧٢.
(٢)ابن حزم ،المحلى،ج٩،ص٤٢١.
(٣)سورة الطلاق ،آية ٢.
(٤)ابن قدامة ،المغني ،ج٩،ص١٦٦.
(٥)ابن رشد،بداية المجتهد،ج٢،ص٥٦٨.
(٦)ابن القيم ،الطرق الحكمية ،ص١٧٢.

وعلى هذا القول فالحكم المبني على شهادة الصبيان في الجراح التي تحصل بينهم يكون صحيحاً إذا توافرت الشروط التي تقدمت لصحة هذه الشهادة .

٢-**الحرية** : فلا تقبل شهادة عبد عند الجمهور، الحنفية والمالكية والشافعية(١) .

وخالف الحنابلة والظاهرية الجمهور،وقالوا أن شهادة العبد والأمة مقبولة في كل شيء،وهي كشهادة الحر ولا فرق بينهما ،وبه قال أبو ثور وإسحاق بن راهويه (٢)،وقد توسع ابن حزم في مناقشة المسألة،والاستشهاد لها،والرد على أدلة الجمهور (٣) .

أما الحنابلة،فقد اشترطوا في الشاهد سبعة شروط،والحرية ليست منها،فدل على إنهم لا يشترطونها (٤)، فالحكم المبني على شهادة العبد باطل ومردود عند الجمهور ، وصحيح ونافذ عند الظاهرية والحنابلة .

٣- **الإسلام** :فلا تقبل شهادة كافر على مسلم بالاتفاق،(٥) ويستثنى من ذلك جواز الشهادة على الوصية في السفر؛لقوله تعالى :" **يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض** "(٦) ، فهذه الآية استثنت الوصية في السفر من عموم شر ط الإسلام في الشاهد، والآية موضع ضرورة في

---

(١) - ابن الهمام ،شرح فتح القدير ، ج٦،ص٤٤٦.
- علاء الدين أفندي ،تكملة حاشية ابن عابدين ،ج٧،ص٦٤.
- ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص١٧٣.
- الجعلي ،سراج السالك ،ج٢،ص٢٠٥.
- القيرواني ،ابن أبي زيد ، رسالة أبي زيد القيرواني شرح صالح عبد السميع الأزهري المعروف بالثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة أبي زيد القيرواني مجلد واحد ،دار المعرفة بيروت -لبنان، ص٦٠٩.
-النووي ،المجموع ، ج٢،ص٢٢٦.
(٢)ابن حزم ،المحلى ،ج٩،ص٤١٢.
(٣)المصدر نفسه ، ج٩،ص٤١٢-٤١٥.
(٤)ابن قدامة ،المغني ،ج٩،ص١٦٦.
(٥) - البابرتي ،العناية شرح البداية المطبوع مع شرح فتح القدير ،ج٦،ص٤٤٦.
- الجعلي ، سراج السالك شرح أسهل المسالك ،ج٢،ص٢٠٦.
-ابن رشد ، بداية المجتهد ،ج٢،ص٥٦٧.
-ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص١٧٣.
-القرافي،الذخيرة،ج١٠،ص٢٢٤.
- ابن حجر ،تحفة المحتاج ،ج٤،ص٤٠١.
-ابن قدامة ،المغني ، ج٩،ص١٦٦.
- ابن حزم ،المحلى ،ج٩،ص٤٠٥.
-ابن المنذر ،الإجماع ،ص٦٤.
(٦)سورة المائدة ،آية ١٠٦.

السفر،ولا نجد من يشهد من المسلمين (١)، وأجاز الحنفية شهادة الكافر على الكافر وقيدوا شرط الإسلام في الشاهد إن كان المدعى عليه مسلماً .(٢)،واستدلوا على ذلك بحديث جابر أن النبي -صلى الله عليه وسلم-" أجاز شهادة أهل الذمة بعضهم البعض"(٣)٠ فالحكم المبني على شهادة الكافر في غير الوصية في السفر باطل ومردود ، سواء أكان على مسلم أم على كافر وهو الراجح لضعف دليل المخالف،وصحيح إن كان على كافر عند الحنفية.

٤- **العدالة** : فلا تقبل شهادة الفاسق .

والعدالة هيئة راسخة في النفس،تحث على ملازمة التقوى،باجتناب الكبائر وتوقي الصغائر والتحاشي عن الرذائل المباحة،و المراد بها الاعتدال والاستواء في الأحوال الدينية وذلك بأن يكون ظاهر الأمانة،عفيفاً عن المحارم،متوقياً للمآثم،بعيداً عن الريب،مأموناً في الرضا والغضب.(٤)

ويشترط في الشاهد أن يكون عدلاً،(٥) لقوله تعالى :" **وأشهدوا ذوي عدل منكم** " (٦) وقوله:"**ممن ترضون من الشهداء** " .(٧)

فدلت الآيات على أنه لا يجوز قبول شهادة الفاسق .

وقال أبو حنيفة يكفي في العدالة الإسلام،وأن لا تعلم من الشاهد جرحة(٨)،ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم ،فالظاهر من المسلم العدالة،والمسلمون عدول إلا في الحدود والقصاص،فالسؤال عن الشهود درءٌ للشبهة سواء طعن الخصم أم لم يطعن. (٩)

---

(١) ابن القيم ،الطرق الحكمية ،ص١٨٢. و قد توسع ابن القيم في حكم شهادة الكفار في كتابه الطرق الحكمية من صفحة (١٧٦-١٩٤) .

(٢) - البابرتي ،العناية شرح البداية المطبوع مع شرح فتح القدير ،ج٦،ص٤٤٦.
- علاء الدين أفندي ، تكملة حاشية ابن عابدين ،ج٧،ص٦٤.
- ابن عابدين ،حاشية ابن عابدين ،.ج٥ ص٤٦٢.

(٣)البيهقي ،السنن الكبرى ، ج١٠،ص١٦٥،وقد ضعفه الألباني في إرواء الغليل ج٨،ص٢٨٣.

(٤)ابن فرحون ،تبصرة الحكام ، ج١،ص١٧٣.

(٥)- ابن رشد ،بداية المجتهد ،ج٢،ص٥٦٧
- ابن فرحون ،تبصرة الحكام ، ج١،ص١٧٢
- النووي ،تحفة المحتاج ،ج٤،ص٤٠١.
- أبو زيد القيرواني ،رسالة أبي زيد القيرواني مع شرحها الثمر الداني في تقريب المعاني ،ص٦٠٨.
- ابن قدامة ،المغني ، ج٩،ص١٦٧.
- ابن حزم ،المحلى، ج٩،ص٤٠٦.

(٦)سورة الطلاق ،آية ٢.

(٧)سورة البقرة ،آية ٢٨٢.

(٨) ما يقدح في الشاهد،ويكون سبباً في رد شهادته، ومنه علم الجرح والتعديل، فالراوي إما أن يجرح أو يعدل.

(٩)الميرغناني ،الهداية شرح البداية ، ج٦،ص٤٥٨.

ولو قضى القاضي بشهادة الفاسق يصح عند أبي حنيفة .(١)

وخالف أبو يوسف ومحمد الإمام،وقالوا: لا بد أن يسأل عن حال الشهود في جميع الحقوق؛ لان مبنى القضاء على الحجة،وهي شهادة العدول ،فلا بد من التثبت من عدالة الشاهد، كما أن هذا صون للقضاء عن البطلان،على تقدير ظهور الشهود عبيداً أو كفاراً،وقد علق الحنفية على هذا الاختلاف بين الإمام والصاحبين،بأن هذا اختلاف عصر وزمان؛ لأن أبا حنيفة أجاب في زمانه،وكان الغالب في الناس العدالة ،والصاحبان أجابا في زمنهما،وقد تغير حال الناس وكثر الفساد ولو شاهد أبو حنيفة ذلك لقال بقولهما؛لهذا فالفتوى على قولهما في هذا الزمان .(٢)

والراجح : اشتراط العدالة في الشهود لصراحة الأدلة،وضمان تحقيق الشهادة لمقصودها من الوصول إلى الحق ، فالفاسق لا يؤمن جانبه من أن يشهد بغير الحق .

فالحكم المبني على شهادة الفاسق باطل ومردود عند الجمهور ،وصحيح عند أبي حنيفة واكتفى بإسلام الشاهد .

خامساً : السمع والبصر للحاجة إلى التمييز بين المدعي والمدعى عليه،والقدره على الضبط .

وقد اتفق الفقهاء على أن شهادة الأعمى في الحدود والقصاص لا تجوز ؛لأن الحدود تدرء بالشبهات ،والحاجة إلى الاحتياط في القصاص والدماء ،والصوت في حق الأعمى يقوم مقام المعاينة ،والحدود والدماء لا تثبت بما يقوم مقام الغير .(٣)

وقد اختلف الفقهاء في قبول شهادة الأعمى فيما يجري فيه التسامع على ثلاثة أقوال:

-**القول الأول:** لا تجوز شهادة الأعمى مطلقاً ،وبه قال أبو حنيفة وقول للشافعية .

ودليلهم:

١-أن الأداء مفتقر إلى التمييز بين المشهود له والمشهود عليه ،والأعمى لا يميز إلا بالنغمة والصوت،والتأويل بالصوت شبهة يمكن الاحتراز عنها بجنس الشهود،فإن الشهود المبصرين كثر،وفيهم ما يغني عن شهادة الأعمى .

٢-أن الأصوات قد تتشابه ويتطرق إليها التخييل والتلبيس ،فلا يصح تخيل الشهادة اعتماداً على الصوت.(٤)

---

(١) ابن الهمام ،شرح فتح القدير ،ج٦،ص٤٥٦.
(٢)البابرتي ،العناية شرح الهداية المطبوع مع شرح فتح القدير ،ج٦،ص٤٥٨.
(٣)-البابرتي ،العناية شرح الهداية ،ج٦،ص٤٧٣.
-النووي،روضة الطالبين،ج٨،ص٣٤٣.
- ابن فرحون ،تبصرة الحكام ، ج٢،ص٧٦.
-ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص١٩١.
(٤)-البابرتي،العناية على الهداية،ج٦،ص٤٧٣.
-النووي،روضة الطالبين،ج٨،ص٢٤٣.

-**القول الثاني:** أن شهادة الأعمى مقبولة إذا تيقن الصوت كالصحيح، وبه قال المالكية والشافعية في الراجح عندهم ،وزفر من الحنفية ورواية عن أبي حنيفة والحنابلة والظاهرية وابن عباس-رضي الله عنهما- والزهري وعطاء والشعبي وشريح وابن سيرين وربيعة والليث واسحاق وابن المنذر .(١)

واستدلوا لذلك بما يلي :

١-عموم آيات الشهادة:"**وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله**"(٢)فلم تفرق بين أعمى ومبصر .

٢-أن الأعمى والمبصر العدل لا يشهد إلا بما تيقن،وكما أن الأصوات تشتبه ،فالصور قد تشتبه.

٣-أن الصحابة كانوا يسألون أزواج النبي-صلى الله عليه وسلم-في أحكام الدين معتمدين على أصواتهن .

٤-أن الله لم يشترط في قبول البينة أعمى من مبصر،وما كان ربك نسيا ،وكيف نرد شهادة جابر بن عبد الله وعبد الله بن أم مكتوم .

٥-أن الأعمى يجوز أن يطأ زوجته معتمداً على صوتها ،مع أنه لا يجوز أن يطأها حتى يتيقن أنها زوجته ،فدل على حصول اليقين بالاعتماد على معرفة الصوت.

٦-قياس شهادة الأعمى على روايته ،فرواية الأعمى مقبولة ،وكذلك شهادته .

٧-لأن السمع أحد الحواس التي يحصل بها اليقين وقد يكون المشهود عليه ألفه كالبصير، ولا سبيل إلى إنكار حصول اليقين في بعض الأحوال .(٣)

القول الثالث: تجوز شهادة الأعمى فيما تحمله وهو مبصر ؛لأن التحمل حصل بالمعاينة ،والأداء يختص بالقول وهو قادر عليه وهو قول أبي يوسف من الحنفية والشافعي.(٤)

---

(١)-الميرغناني ،الهداية شرح البداية،ج٦،ص٤٧٣.
-ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج٢،ص٧٦.
-القرافي ،الذخيرة،ج١٠،ص١٦٤.
-النووي،روضة الطالبين،ج٨،ص٢٣٣.
-ابن قدامة،المغني،ج٩،ص١٩١.
-ابن حزم،المحلى،ج٩،ص٤٣٤.

(٢)سورة الطلاق،آية ٢.

(٣) -الميرغناني ،الهداية شرح البداية،ج٦،ص٤٧٣.
-ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج٢،ص٧٦.
-القرافي ،الذخيرة،ج١٠،ص١٦٤.
-النووي،روضة الطالبين،ج٨،ص٢٣٣.
-ابن قدامة،المغني،ج٩،ص١٩١.
-ابن حزم،المحلى،ج٩،ص٤٣٤.

(٤) -الميرغناني ،الهداية شرح البداية،ج٦،ص٤٧٣.
-النووي،روضة الطالبين،ج٨،ص٢٣٣.

والراجح: جواز شهادة الأعمى فيما يجري فيه التسامع إذا تيقن صوت المشهود عليه،ويجاب على أدلـــة المانعين بأن الشبهة الواردة في الصوت واردة في الصورة ، ولمجرد وجود شبهة منع من قـــبول شـــهادته في الحدود ؛ وللاحتياط منع قبول شهادته في القصاص،أما في غيرها فالأعمى داخـــل في عموم الآيات الواردة في الشهادة ، كما أن الأشخاص الذين ابتلاهم بالعمى عوضهم بالدقـــة في تمييز الأصوات وحفظها،والتركيز على استخدام هذه الحاسة عندهم يجعلهم أقوى فيها من المبصرين،والسمع حاسة كالبصر،يعتمد عليها الأعمى في التمييز فجاز قبول شهادته .

وعلـــيه فالحكم في الحدود والقصاص المبني على شهادة الأعمى باطل ومردود ،والحكم فيما يجـــري فـــيه التـــسامع المبني على شهادة الأعمى مقبول ونافذ عند جمهور الفقهاء ومردود عند الحنفية ومن معهم .

أما شهادة الأخرس فهي مقبولة إذا فهمت أشارته والحكم المبني عليها صحيح ،وبه قال المالكية والشافعية في الراجح عندهم.

واستدلوا لذلك بما يلي :

١-أن الشهادة علم يؤديه الشاهد إلى الحاكم ،فإذا فهم عنه بطريق يفهم عن مثله قبلت منه كالناطق إذا أداها بالصوت.

٢- أن الإشـــارة تقـــوم مقـــام الـــنطق فـــي أحكام الأخرس من طلاقه ونكاحه وظهاره فكذلك شهادته. (١)

وذهـــب الحنفـــية والحنابلة والشافعية في قول إلى أن شهادة الأخرس لا تقبل بحال ،والحكم المبنـــي على شهادة الأخرس باطل ،واستدلوا لذلك بوجود التهمة في الإشارة ،وأنها لا تقوم مقام الـــنطق ،وشـــهادة الأخرس أولى بالرد من شهادة الأعمى ؛لأن التهمة في الأعمى في النسبة إلى المـــشهود علـــيه،أما في الأخرس فهي في النسبة إلى المشهود عليه وغيرها من قدر المشهود به وأمـــور أخـــرى ،وأجابـــوا على قياسها بشهادته على أحكامه بأنه قياس مع الفارق إذ أن قبول إشارته في أحكامه للضرورة ،ولا ضرورة في قبول شهادته ويستغنى عنها بجنس الشهود . (٢)

---

(١)-ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج٢،ص٧٥.
-ابن أبي الدم،أدب القضاء،ص٢٥.
-الماوردي،أدب القاضي ،ص٦٢٣.
-ابن قدامة،المغني،ج٩،ص١٩٢.

(٢)-ابن الهمام،شرح فتح القدير،ج٦،ص٤٧٤.
-السرخسي،المبسوط،ج١٦،ص١٣٠.
-الكاساني،بدائع الصنائع،ج٦،ص٢٦٨.
-الماوردي،أدب القاضي ،ص٦٢٣.
- ابن قدامة،المغني،ج٩،ص١٩٢.

والراجح: قبول شهادة الأخرس وجواز بناء الحكم عليها؛ وذلك لأن الإشارة طريق للتعبير يحصل بها الشهادة،سيما في زماننا وقد أصبح لهم لغة خاصة بهم تعرف بلغة الإشارة،ويستخدمونها في التعبير عن مرادهم بكل دقة ،فإذا جاء إلى القاضي أخرس طلب من يترجم له من أهل الخبرة في لغة الإشارة ،وأمكن الاستماع إلى شهادته بكل دقة ،ويستطيع الاخرس الشهادة أمام القضاء والقطع بمراده من لغة الإشارة ويكون الحكم المبني على هذه الشهادة صحيحاً ونافذاً.

أما شهادة الأصم ففي الأقوال لا تقبل ؛وذلك لأن طريقها السماع ،أما في الأفعال فشهادة الأصم كشهادة من يبصر فيما رآه ،ومن يسمع فيما سمعه (١) .

فالحكم المبني على شهادة الأصم في الأفعال صحيح ونافذ ،وعلى شهادته في الأقوال باطل ومردود .

سادساً : أن يكون ذا مروءة : فلا تقبل شهادة من لم يحافظ على مروءته،وليست المروءة نظافة الثوب،ولا فراهة المركوب،وإنما هي التصون والسمت الحسن،وحفظ اللسان،وتجنب مخالطة الأرذال،والابتعاد عن الفحش والمجون،وتجنب السخف، والترفع عن كل خلق رديء،يرى أنه كل من تخلق به لا يحافظ على مروءته ،وإن لم يكن في نفسه إثماً. (٢)

وقد أكثر الفقهاء في ذكر الأمور التي تخرم المروءة،ومثل له بالمداومة على ترك المندوب،والعصبية القبلية والنميمة، أو يحكي المضحكات من كل ما فيه سخف ودناءه؛ لأن من رضيه لنفسه فليس له مروءة ولا تحصل الثقة بقوله.(٣)

سابعا : عدم التهمة فإذا كان الشاهد متهماً بشهادته،بأن هذه الشهادة تجلب له منفعة أو تدفع عنه ضرراً،إما لقرابة أو لعداوة،أو لمصلحة أو لزوجية.

---

(١)-ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص١٦٣.
-النووي،روضة الطالبين،ج٨،ص٢٣٢.
-البهوتي،شرح منتهى الإرادات ،ج٣،ص٥٩٤.
ولم أجد للحنفية قولاً في الأصم فيما اطلعت عليه ،فقد تكلموا في شهادة الأعمى وشهادة الأخرس ولم يتطرقوا للأصم ،وعلى قولهم في الأعمى والأخرس لا يجيزون هذه الشهادة لوجود نقص في حواس الشاهد ،ويعتبرونها تهمة توجب رد الشهادة كما تقدم في شهادة الأعمى والأخرس .
(٢) ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص١٧٣.
(٣)-ابن الهمام،شرح فتح القدير،ج٦،ص٤٨٠.
- ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص١٧٤.
-النووي ،المجموع ،ج٢٠،ص٢٢٨.
-ابن قدامة ،المغني ،ج٩،ص١٧٧.
-البهوتي ،شرح منتهى الإرادات ، ص٥٩٢.

وذلـــك لأن الريبة حاصلة بالمتهم،والله عز وجل يقول :" **وأدنى ألا ترتابوا** " (١)، فالشهادة يجـــب أن تكون بعيدة عن الريبة،وما قد يؤدي إلى بطلانها؛ وذلك حتى لا يبني الحكم على بينة عرضة للطعن،لأي سبب من الأسباب السابقة الذكر .(٢)

-ثانـــيا:إذا صدر الحكم بناءً على شهادة باطلة ،للتناقض في أقوال الشهود، وقد اختلف الفقهاء في الموافقة المطلوبة بين أقوال الشهود بحسب المشهود عليه كما يلي :

أولاً: الحدود : إذا اختلفت شهادة الشهود في الحدود كان الحكم المبني على هذه الشهادة باطلاً مثل:

-الزنا : إذا اختلفت شهادة الشهود على الزنا ،فقال اثنان أنه زنى بفلانة ،وقال اثنان بأنه زنى بأخرى ،كانت الشهادة باطلة ،فإذا حكم القاضي بهذه الشهادة كان الحكم باطلاً.

-الســـرقة :إذا شـــهد شـــاهد أنه سرق كبشاً ،وشهد الآخر أنه سرق حصاناً ،واختلفوا في الأيام والمكان الذي حصلت فيه السرقة ،فالشهادة باطلة ،وإذا حكم بها القاضي كان الحكم باطلاً .

-وكذلك في حد الشرب والقذف لأن الحدود تسقط بالشبهات (٣) .

ثانـــياً :في الأموال : إذا ادعى رجل ألف دينار على آخر ،فشهد شاهد بألف وشهد آخر بألفين ، حكم بهذه الشهادة لاتفاقهما على الأقل عند الجمهور (٤)،خلافاً لأبي حنيفة ،حيث اشترط التطابق في اللفظ والمعنى ،أما الصاحبان فقالوا يكفي التوافق في المعنى ولا يشترط اللفظ ،ومن الموافقة اتفاقهما على الأقل كما قال الجمهور .(٥)

فعلى قول الجمهور تعتبر هذه الشهادة صحيحة والحكم المبني عليها صحيح ونافذ ،وعلى قول أبي حنيفة تعتبر هذه الشهادة باطلة والحكم المبني عليها باطل ومردود.

---

(١)سورة البقرة ،آية ٢٨٢.

(٢)وقـــد تقدمت دراسة هذه الأسباب في علاقة القاضي بالخصوم ،فالأسباب التي تجلب التهمة للقاضي هي نفس الأســـباب التـــي تجلـــب التهمة للشاهد ،وقد قال الفقهاء أن القضاء معتبر بالشهادة،فما يرد فيه القاضي يرد فيه الشـــاهد ،بـــل إن كثـــيراً مـــن المســـائل التي تقدمت في علاقة القاضي بالخصوم بنيت على أقوال العلماء فيها بالشهادة،فلا داعي لتكرارها .

(٣)-الميرغناني،الهداية شرح البداية ،ج٦،ص٥٠٣.
-ابن عابدين،رد المحتار،ج٥،ص٤٩٢.
-ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٢٧٦.
-الشيرازي،المهذب ،ج٣،ص٤٦١.
-ابن قدامة،المغني،ج٩،ص٢٤١.

(٤)-الميرغناني،الهداية شرح البداية ،ج٦،ص٥٠٣.
-ابن عابدين،رد المحتار،ج٥،ص٤٩٢.
-مالك ،مالك بن أنس الأصبحي،(ت١٧٩هـ).المدونة الكبرى ،ط٢،دار الفكر ،بيروت،١٩٨٠م،ج٤،ص٨٦.
-ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٢٧٦.
-الشيرازي،المهذب ،ج٣،ص٤٦١.
-ابن قدامة،المغني،ج٩،ص٢٤١.

(٥) الميرغناني،الهداية شرح البداية ،ج٦،ص٥٠٣.

والـتطابق عند أبي حنيفة سواء كان بذات اللفظ أو بالمرادف فالتزويج والنكاح سواء ،والهبة والعطية كذلك،ولا يعد هذا اختلافاً عنده .(١)

ثالـثاً: إذا صدر الحكم بناءً على شهادة باطلة لخلل في صيغتها ، حيث اشترط الجمهور الحنفية والمالكـية فـي قـول والشافعية والحنابلة في المذهب ،لفظ أشهد في أداء الشهادة من الناطق ، واعتبروا لفظ أشهد ركن الشهادة لتضمنه المشاهدة والقسم والإخبار ،وإذا شهد بغير لفظ الشهادة، فالشهادة باطلة ،والحكم المبني عليها باطل.(٢)

ومـن أسـباب رد الحنفـية لشـهادة الأخـرس عـدم قدرتـه علـى أداء الشهادة بلفظ أشهد. (٣)

وذهـب المالكـية إلى عدم اشتراط لفظ أشهد في قبول الشهادة ،وإنما المدار فيها على ما يدل علـى حصـول علم الشاهد بما شهد به كرأيت أو سمعت أو تحققت ،فلا يشترط صيغة معينة ، وقـالوا بأنـه لا يوجـد نـص فـي كتاب الله ولا في سنة رسوله -صلى الله عليه وسلم- لفظ أشهد،فالشهادة إذا كانت بغير لفظ أشهد صحيحة عند المالكية والحكم المبني عليها صحيح ونافذ.

والراجح: اشتراط لفظ أشهد إذا كان الشاهد قادراً على هذا اللفظ ، لما له من أثر في نفس الشاهد حيـث يشـمل المشـاهدة والقسم والإخبار بما لا يحتمل الشك، وفيه طمأنينة للقاضي والخصوم بشهادته ، فلا مانع من اشتراطه سياسة من الحاكم وإن لم يرد فيه نص.

رابعـاً: إذا صدر الحكم بناءً على شهادة باطلة تم الرجوع عنها قبل الحكم، فهذه الشهادة باطلة لا يجـوز الحكـم بها ، وإن كانا رجعا قبل أن يحكم القاضي بشهادتهما فالشهادة باطلة ؛وذلك لأن

---

(١)ابن الهمام،شرح فتح القدير ،ج٦،ص٥٠٣.
-ابن عابدين،رد المحتار ،ج٥،ص٤٩٢.

(٢)- الكرلاني ،الكفاية في شرح الهداية ،ج٦،ص٤٤٧.
-ابن الهمام،شرح فتح القدير ،ج٦،ص٤٧٤.
-ابن عابدين،رد المحتار ،ج٥،ص٤٦٢.
-الدسوقي،حاشية الدسوقي،ج٤،ص١٦٥.
-ابن حجر ،تحفة المحتاج،ج٤،ص٤٠١.
-البهوتي،شرح منتهى الإرادات،ج٣،ص٦١١.
-الشيباني،نيل المآرب،ج٢،ص٤٩٠.

(٣) - ابن الهمام،شرح فتح القدير ،ج٦،ص٤٧٤.
-السرخسي ،المبسوط ،ج١٦،ص١٣٠.
-الكاساني ،بدائع الصنائع،ج٦،ص٢٦٨.

الشـــهادة إنمـــا تصـــير حجة عند اتصال القضاء بها،فقبل اتصال القضاء بها لم تكن حجة فصح الرجوع عنها مطلقا.(١)

وخـــالف أبو ثور وقال يحكم بها؛ وذلك لأن الشهادة قد أديت فلا تبطل برجوع من شهد بها، كما لو رجع بعد الحكم .(٢)

فالراجح قول الجمهور ويجاب على أبي ثور بـ:

١- أن الحكـــم يمتـــنع بهذه الشهادة لزوال سببها،حيث أن الشهادة شرط الحكم،فإذا زالت قبله لم تجز كما لو طرأ مانع من قبولها كعنف أو عداوة ،وبالرجوع فالشاهد إما مخطئ أو فاسق ، وفي الحالين لا يجوز الحكم بهذه الشهادة .

٢-كمـــا أنه يحتمل أن يكونوا صادقين في الشهادة كاذبين في الرجوع ، أو صادقين في الرجوع كاذبين في الشهادة ،ولا يحكم مع الشك ووصف قوله بالشاذ فقالوا :"وشذ أبو ثور "(٣) .

خامساً: إذا صدر الحكم بناءً على شهادة غير أصلية ،أو شهادة على شهادة لم تستكمل شروطها عند من أجازها ،تكون باطلة والحكم المبني عليها باطل ومردود .

وقد أجمع الفقهاء على قبول الشهادة على الشهادة في الأموال؛وذلك لشدة الحاجة إليها، فقد يعجـــز الأصـــل عـــن أداء الشهادة لعارض ،فإذا لم تجز الشهادة على الشهادة لأدى إلى ضياع الحقوق (٤) . واختلفوا في قبولها في الحدود على ثلاثة أقوال :

-**القـــول الأول:**تقـــبل الشـــهادة علـــى الشهادة في كل شيء،وبه قال المالكية والشافعية في قول والظاهرية.

---

(١) -الحسام الشهيد ،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٦٣٤.
-ابن عابدين،رد المحتار،ج٥،ص٥٠٤.
-عبد الله ،الكواكب الدرية في فقه المالكية ،ج٤،ص٥٥.
-الشيرازي،المهذب،ج٣،ص٤٦٤.
-ابن قدامة المغني،ج٩،ص٢٤٧.
-ابن حزم،المحلى،ج٩،ص٤٢٩.

(٢) -الشيرازي،المهذب،ج٣،ص٤٦٤.
-ابن قدامة،المغني ،ج٩،ص٢٤٧.

(٣)-ابن حجر ،تحفة المحتاج،ج٤،ص١٢٧.
-الشيرازي،المهذب ،ج٣،ص٤٦٤.
-ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص٢٤٨.

(٤) -الميرغناني،الهداية شرح البداية،ج٦،ص٥٢٢.
-مالك ،المدونة الكبرى،ج٤،ص٨٢.
-ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٢٨٢.
-الشيرازي،المهذب ،ج٣،ص٤٥٩.
-النووي،روضة الطالبين،ج٨،ص٢٦١.
-ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص٢٠٨.
-البهوتي،شرح منتهى الإرادات،ج٣،ص٦٠٣.

واستدلوا على ذلك بأن الله أمر بقبول شهادة العدول ،والشهادة على الشهادة شهادة عدول،فقبولها واجب، ولا يوجد دليل يمنع من قبولها في غير الأموال ،فتجوز في كل شيء حتى في الحدود والقصاص.(١)

-**القول الثاني:** تقبل الشهادة على الشهادة في كل شيء غير الحدود ،كالأموال والأنكحة والبيوع وسائر العقود ،وبه قال الشافعية في قول والحنابلة .

واستدلوا على ذلك بما يلي:

١- أن الحدود تدرء بالشبهات، والشهادة على الشهادة فيها شبهة احتمال السهو أو الكذب في شهود الفرع ، فوق الاحتمال الموجود في شهود الأصل ،وهذا احتمال معتبر بدليل عدم قبولها مع القدرة على شهادة الأصل.(٢)

٢-أنها تقبل للحاجة ولا حاجة إليها ؛ لأن الستر أولى ،فتجوز في سائر الحقوق عدا الحدود .

-**القول الثالث:** تجوز الشهادة على الشهادة في كل شيء إلا الحدود والقصاص ،وبه قال الحنفية ورواية لأحمد.

واستدلوا على ذلك بأن إجازة الشهادة في الحدود والقصاص مع ثبوت احتمال الكذب والسهو فيها خلاف الشرع الذي أوجب الاحتياط في الحدود والدماء .(٣)

فالحكم المبني على هذه الشهادة إذا توافرت الشروط المطلوبة فيها صحيح ونافذ في الأموال اتفاقاً ، وباطل في الحدود عند الشافعية في قول والحنابلة والحنفية ،وباطل في القصاص عند الحنفية ورواية لأحمد .

---

(١) -مالك ،المدونة الكبرى،ج٤،ص٨٢.
-ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٢٨٢.
-الشيرازي،المهذب ،ج٣،ص٤٥٩.
-ابن حزم،المحلى،ج٩،ص٤٣٨.

(٢) -الشيرازي،المهذب ،ج٣،ص٤٥٩.
-ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص٢٠٨.
-البهوتي،شرح منتهى الإرادات،ج٣،ص٦٠٣.

(٣)-ابن الهمام،شرح فتح القدير،ج٦،ص٥٢٣.
-ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص٢٠٩.
- ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٢٨٢.
-عبد الله،الكواكب الدرية،ج٤،ص٥٣.
-ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص٢١٠.
-البهوتي،شرح منتهى الإرادات،ج٣،ص٦٠٤.

والـــراجح القـــول الثالـــث لأنهـــا شهادة جازت للضرورة والحاجة وفيها شبهة ،والحدود تدرء بالشـــبهات ،والدمـــاء تصـــان عـــن إراقتها بشهادة فيها احتمال الكذب والسهو ،وقياس الحدود والقصاص على الأموال قياس مع الفارق فيتساهل في الأموال ما لا يتساهل في الحدود والدماء، والخطأ فيها لا يمكن استدراكه كالأموال .

ويشترط لقبول الشهادة على الشهادة الشروط التالية :

١- أن تـــتعذر شـــهادة الأصـــل بتوفر سبب من الأسباب التي تدعو إلى قبول شهادة الفرع، من موت أو غيبة أو مرض لا يستطيعون معه الحضور إلى مجلس الحكم .(١)

وخـــالف أبو يوسف من الحنفية وقال بأنه تقبل شهادة الفرع مع وجود الأصل ،فنقل عنه أنه يجـــوز إذا كان شاهد الأصل في زاوية من المسجد وشاهد الفرع في زاوية أخرى ،ونقل عنه أنه لا يجـــوز إذا كـــان لا يستطيع إذا حضر إلى مجلس الحكم أن يبيت في أهله إلا بمشقة ،ووافقه الشـــافعية فـــي ذلك،أمـــا المالكـــية والحـــنابلة فاشـــترطوا مسافة القصر والحنفية غياب ثلاثة أيام. (٢)

فـــالحكم المبنـــي على هذه الشهادة باطل إذا لم يتوفر عارض أو سبب من الأسباب الداعية إلـــيها عـــند الجمهـــور ،وجائـــز عـــند أبي يوسف حتى لو كان كل منهما في زاوية من زوايا المسجد في قولٍ له .

٢-أن يـــتحقق شـــرط العدالـــة في شهود الأصل وشهود الفرع ؛لأن الحكم مبني على الشهادتين جميعا .(٣)

والحكـــم المبنـــي علـــى هذه الشهادة باطل إذا ثبت جرح شهود الأصل ،أو شهود الفرع ،لأن الحكم مبني على الشهادتين.

---

(١) - ابن الهمام،شرح فتح القدير،ج٦،ص٥٢٩.
- عبد الله،الكواكب الدرية،ج٤،ص٥٣.
- ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٢٨٢.
- الشيرازي،المهذب ،ج٣،ص٤٦٠.
-ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص٢١١.
-البهوتي،شرح منتهى الإرادات،ج٣،ص٦٠٤.

(٢) - ابن الهمام،شرح فتح القدير،ج٦،ص٥٢٦.
-ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٢٨٣.
-النووي،روضة الطالبين،ج٨،ص٢٦٥.
- الشيرازي،المهذب ،ج٣،ص٤٥٩.
-ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص٢١٣.

(٣) - ابن الهمام،شرح فتح القدير،ج٦،ص٥٢٩.
-ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٢٨٣.
- الشيرازي،المهذب ،ج٣،ص٤٦٠.
-ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص٢١١.

٣- أن يطلب الأصل من شاهد الفرع الشهادة على شهادته.(١)

والحكم المبني على هذه الشهادة باطل إذا تحملها شاهد الفرع دون طلب من شاهد الأصل.

٤- اشتراط الذكورة في شهود الفرع ،ولا مدخل لشهادة النساء فيها،وإن كان الأصل نساء ، وكانت فيما لا يطلع عليه الرجال ،وبه قال الشافعية والمالكية في قول والحنابلة في رواية.(٢)

أما الحنفية والمالكية في الراجح والحنابلة في المذهب،فلا يشترط الذكورة في الشهادة على الشهادة ،وتعتبر شهادة على الأصل فتأخذ حكمها.(٣) .

والحكم المبني على هذه الشهادة باطل إذا كان شهود الفرع نساء عند الشافعية وقول للمالكية والحنابلة في رواية . ونافذ وصحيح عند الحنفية والمالكية والحنابلة في المذهب .

٥- أن يشهد على كل شاهد أصل شاهدي فرع،وبه قال الجمهور (الحنفية والمالكية) ؛وذلك لأن النقل شهادة على الحقوق ،فلا بد فيها من نصاب الشهادة ،فلو شهد اثنان على شاهد أصل،واثنان على الآخر قبلت الشهادة ،ولو شهد اثنان مجتمعان على شهادة الأصل مجتمعان جاز؛ لأن الشاهدين قد شهدا على كل شاهدِ أصل ،أما إذا شهد واحد على شهادة أصل وشهد آخر على شهادة الأصل الثاني ،فلا تقبل الشهادة لأن كل شهادة أصل عليها شاهد واحد.

أما الشافعية فقد اشترطوا أن يكون شاهدي الأصل الأول غير شاهدي الأصل الثاني ،فلا بد في الفرع من أربعة في سائر الحقوق ،وقول عندهم أنه إن كانت الشهادة على رجل وامرأتين لا بد من ستة شهود ،لأن عدد شهود الأصل ثلاث الرجل والمرأتان ،ونحتاج على كل شاهد أصل شاهدين ،وقول آخر بأن شهادة المرأتين شهادة واحدة ،فيكفي فيها شاهدان على المرأتين .

---

(١) - ابن الهمام،شرح فتح القدير ،ج٦،ص٥٢٩.
- عبد الله،الكواكب الدرية،ج٤،ص٥٣.
- ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٢٨٢.
- الشيرازي،المهذب ،ج٣،ص٤٦٠.
-ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص٢١١.
-البهوتي،شرح منتهى الإرادات،ج٣،ص٦٠٤.

(٢)-ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٢٨٣.
-النووي،روضة الطالبين،ج٨،ص٢٦٥.
- الشيرازي،المهذب ،ج٣،ص٤٥٩.
-ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص٢١٣.

(٣)- ابن الهمام،شرح فتح القدير ،ج٦،ص٥٢٦.
-ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٢٨٣.
-النووي،روضة الطالبين،ج٨،ص٢٦٥.
- الشيرازي،المهذب ،ج٣،ص٤٥٩.
-ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص٢١٣.

أمـــا فـــي الزنا فالحنفية هذه الشهادة غير مقبولة عندهم في الحدود ،والمالكية والشافعية قالوا بأنه لا بد في شهود الفرع من أربعة شهود على كل شاهد ،كما يشترط في شهادة الأصل ،فلا بد من ستة عشر شاهداً ،وقول آخر لهم أنه يكفي اثنان على كل شاهد .

وخالف الحنابلة وقالوا أنه يكفي لكل شاهد أصل شاهد فرع في كل شيء .**واستدلوا على ذلك بما يلي:**

١-أن شاهد الفرع بدل شاهد الأصل ،فيكفي في عددها ما يكفي في شهادة الأصل .

٢-أن شـــاهدي الفـــرع لا يـــنقلان عن شاهد الأصل حقاً عليهما ،فوجب أن يقبل فيه قول واحد كأخبار الديانات. (١)

فالحكم المبني على هذه الشهادة باطل إذا كان عدد شهود الفرع اثنين عند الشافعية ؛لأنه لا بـــد مـــن شـــاهدين علـــى كل شاهد من شهود الأصل ، وصحيح ونافذٌ عند الجمهور إن كان الـــشاهدان مجتمعـــين علـــى شهادة الأصل ، وصحيح ونافذٌ عند الحنابلة حتى لو كان الشاهدان متفرقين .

والـــراجح قـــول الجمهور بأنها شهادة فلا بد من أن يتوافر نصابها وهو شاهدان في كل شيء يثـــبت بهـــذه الشهادة ،ولا يقبل شاهد فرع على شاهد أصل ،فشهود الفرع يثبتون شهادة شاهدي الأصل ، فلا تثبت شهادة كل واحد منهما بأقل من شاهدين.

---

(١)- ابن الهمام،شرح فتح القدير ،ج٦،ص٥٢٤.
- عبد الله،الكواكب الدرية،ج٤،ص٥٣.
- ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٢٨٤.
- الشيرازي،المهذب ،ج٣،ص٤٥٩.
-ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص٢١٤.
-البهوتي،شرح منتهى الإرادات،ج٣،ص٥٠٦.

-المطلب الثالث: بطلان الحكم لخلل في اليمين :

تعتـــبر اليميـــن طريقاً من طرق الإثبات المتفق عليها بين الفقهاء،والتي يجوز للقاضي أن يستند علـــيها فـــي حكمه،وتعتبر من طرق الإثبات القضائي،واليمين في اللغة:تطلق على الجهة، وعلى الجارحـــة،وعلى القـــوة والـــبركة والقســـم ،وســـميت اليميـــن بهذا الاسم؛ لأن العرب كانوا إذا تحالفوا،ضـــرب كـــل امـــرئ منهم يمينه على يمين صاحبه،والمراد بها الحلف والقسم في طرق الإثبات .(١)

وأمـــا اليمين كطريق من طرق الإثبات،فلم أجد لها تعريفاً اصطلاحياً عند القدماء ،وما ورد مـــن تعـــريف لليمين،بأنها تحقيق الأمر أو توكيده بذكر اسم الله أو صفة من صفاته،فهذا تعريف لليميـــن بوجه عام،وليست تعريفاً لليمين القضائية،التي هي وسيلة من وسائل الإثبات ،وقد عرفها الدكتور وهبي الزحيلي بقوله "اليمين القضائية أمام الحاكم لإثبات الدعوى : تأكيد ثبوت الحق أو نفيه أمام القاضي،بذكر اسم الله أو صفة من صفاته "(٢) .

ولا يلجأ إلى اليمين إلا بعد إنكار المدعى عليه للدعوى،وعجز المدعي عن الإثبات ،وطلب المدعي تحليف المدعى عليه اليمين، فإذا حلف المدعى عليه ،حكم القاضي بالمدعى به له،ومنع المدعـــي من معارضته فيه،فيحكم باليمين كطريق من طرق الإثبات .ويكون الحكم المبني على اليمين باطلاً إذا كان مستنده يميناً لم تتحقق شروطها ،وذلك في الحالات التالية:

أولاً:إذا كان الحلف بغير الله تعالى،فيشترط في اليمين أن تكون باسم من أسماء الله أو بصفة من صفاته ،واليمين بالله عز وجل دون غيره ،وقد تؤكد بذكر أوصافه للتغليظ كقول الحالف: "والله الـــذي لا الـــه إلا هو،عالم الغيب والشهادة،الرحمن الرحيم،الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية،ما لفلان عليك ولا قبلك،هذا المال الذي ادعاه "(٣) .

وهـــذا الحلـــف للمسلم،ويســـتحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام، والنصـــراني بـــالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام،فيغلظ اليمين عليهم بذكر المنزل على نبيه من الكتاب ، ويستحلف المجوسي بالله الذي خلق النار .(٤)

---

(١)-الرازي ،مختار الصحاح ،ص٧٤٥.
-إبراهيم أنيس وآخرون ،المعجم الوسيط ،ج٢،ص١٠٦٧.
(٢) الزحيلي،وهبة،(٢٠٠٢). الفقه المالكي الميسر،(ط٢). دمشق:دار الكلم الطيب .،ج٣،ص٦٧٤.
(٣)-الميرغناني ،الهداية شرح البداية ،ج٧،ص١٨٢.
-الرشيدي،المجاني الزهرية شرح الفواكه البدرية،ص٨١.
-الشيرازي،المهذب،ج٣،ص٤٣٢.
-ابن حزم،المحلى ،ج٩،ص٣٨٣.
(٤)- ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص١٤٧.
- الميرغناني ،الهداية شرح البداية ،ج٧،ص١٨٢.

وقد جاء في الحديث الذي يرويه أبو هريرة أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال لليهود:"نشهدكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى ".(١)

إلا أن المالكية قالوا بأن القاضي يكلف شخصاً بالذهاب إلى حيث يعظمون من كنائسهم، ومواضع عبادتهم ليقوم بتحليفهم وهذا تغليظ بالمكان ،وذهب الشافعية إلى وجوبه في قول وإلى استحبابه في آخر ،وأنكر ذلك الظاهرية فقالوا بأنه لا فرق في الحلف في مكان دون مكان ولا حال دون حال ،ولو كان ذلك واجباً لبينه -صلى الله عليه وسلم- ولم يثبت ذلك عنه (٢) .

وذهب الحنفية إلى أن هذا فيه مشقة وجرح،والقاضي ممنوع من ذلك لأن فيه تعظيم المكان،والحلف بالله تعالى لا بالمكان (٣).

والراجح جواز تغليظ الحلف بالمكان لما ورد عن جابر بن عبد الله أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال :"من حلف على منبري هذا يميناً آثمة فليتبوأ مقعده من النار " (٤) .فالنبي -صلى الله عليه وسلم-اعتبر تغليظ الحلف بالمكان ولو كان غير جائز لبين ذلك .

وذكر البهوتي في التغليظ على اليهودي،"والله الذي أنزل التوراة على موسى وفلق له البحر، وأنجاه من فرعون وملائه ،والنصراني والله الذي أنزل الإنجيل على عيسى وجعله يبرئ الأكمه الأبرص"(٥) . وأما التغليظ في الحلف على المصحف،فقال ابن العربي:هو بدعة لم يرد عن أحد من الصحابة .(٦)

وقيل يجوز تحليف المسلم على المصحف،وعلى سورة براءة حيث كان لا ينكف إلا بذلك ويحدث للناس إقضيه بقدر ما أحدثوا من الفجور ،فكان الحلف على المصحف من باب التغليظ ، وهو حسن ؛لأن القرآن من صفات الذات (٧)،وهو الأرجح فالقرآن كلام الله وصفة من صفاته، فالحكم المبني على يمين الحلف فيها بغير اسم لله أو صفة من صفاته باطل ومردود.

كما أن الشافعي قال :رأيت مطرفاً بصنعاء يحلف على المصحف ،قال:وقد كان من حكام الآفاق من يستحلف على المصحف ،وهو عندي حسن .(٨)

---

(١)الألباني ،إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ، وقال : حديث صحيح ج٨،ص٣١٠.
(٢)-ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص١٤٧.
-النووي،المجموع،ج٢٠،ص٢١٧.
-ابن حزم،المحلى،ج٩،ص٣٩٢.
(٣)ابن الهمام ،شرح فتح القدير ،ج٧،ص١٨٥.
(٤) الألباني ،إرواء الغليل ،ج٨،ص٣١٠. وقال:حديث صحيح .فالحديث يدل على أن النبي غلظ الحلف بالمكان.
(٥)-البهوتي ،كشاف القناع ،ج٦،ص٤٥٠.
- ابن الهمام ،شرح فتح القدير ،ج٧،ص١٥٧.
(٦)ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص١٥٠.
(٧)-أبو البركات ،الشرح الكبير ،ج٤،ص٢٢٨.
-الشيرازي،المهذب،ج٣،ص٤٣٣.
(٨)البيهقي ،السنن الكبرى،ج١٠،ص١٧٨.

ثانياً:عدم أهلية الحالف،فيشترط في الحالف،أن يكون مكلفاً مختاراً،فلا تصح اليمين من الصبي والمجنون والنائم والمكره .(١)

ثالثاً:إذا كان المدعى عليه مقراً بالحق،فيشترط الحلف باليمين،أن يكون المدعى عليه منكراً،فإن كان مقراً فلا حاجة لليمين ،ولا يحلف القاضي المدعى عليه اليمين إلا بطلب من المدعي ، فالمدعي إذا عجز عن الإثبات أفهمه القاضي،أن له الحق في تحليف المدعى عليه اليمين،وأنها طريقه إلى تخليص حقه ،فإذا طلبها لزم الحاكم إجابة المدعي ،وليس للحاكم تحليف المدعى عليه اليمين، إلا بعد سؤال المدعي عن ذلك؛ لأنها حق له ،فإن حلف القاضي المدعى عليه اليمين، دون طلب المدعي،كان الحلف باطلاً ولا يعتد بهذا اليمين،إلا في بعض الاستثناءات كحلف يمين الاستظهار في الحكم الغيابي والحكم على فاقدي الأهلية ،وبه قال الجمهور خلافاً للحنابلة في قول لم يجيزوا فيه تحليف المدعي ؛ لأن اليمين على المدعى عليه وهذا خلاف حديث البينة على المدعي واليمين على من أنكر (٢).(٣) فالحكم المبني على يمين قام القاضي بتحليفها دون طلب المدعي يكون حكماً باطلاً ، إلا في الاستثناءات التي أجازها الجمهور . (٤)

رابعاً: إذا لم يكن بين المدعي والمدعى عليه خلطة،من صحبه أو مؤاخاة أو مبايعة،أو نحو ذلك، فلا توجه اليمين إلى المدعى عليه،إلا بتحقق هذا الشرط ،وهذا الشرط عند المالكية ،واستثنوا منه الحالات التالية :

١- أهل التهم والعداء والظلم .

٢- الصناع فيما ادعي عليهم من أعمالهم أنهم استصنعوهم ، وكذلك أرباب الحوانيت فيما ادعى عليهم أنهم باعوه مما يتاجرون فيه .

٣- التجار لمن تاجرهم .

٤- الرجل يحضر المزايده،فيقول للبائع بعتك بكذا .

٥- الرفقاء في السفر يدعي بعضهم على بعض .(٥) فالحكم المبني على اليمين بتحليف المدعى عليه ،ولا خلطة بينه وبين المدعي باطل عند المالكية ،إلا في الحالات التي تم استثناؤها .

---

(١)-ابن مفلح ،المبدع ،ج١٠،ص٢٨٢.
-الرشيدي،المجاني الزهرية شرح الفواكه البدرية،ص٨٢.
(٢)سبق تخريجه،ص١٣٢.
(٣)البهوتي ،كشاف القناع ،ج٦،ص٣٧٧.
(٤)ستأتي هذه الاستثناءات التي أجازها الجمهور .
(٥)ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص١٦٠.

-المطلب الرابع:بطلان الحكم المستند إلى النكول :

والنكول أن يقول المدعى عليه بعد عرض القاضي عليه اليمين،أنا ناكل عنها أو يقول القاضي له أحلف،فيقول :لاأحلف .(١)

والقضاء بالنكول برد اليمين على المدعي،عند من اشترط في القضاء بالنكول رد اليمين،فإن نكل المدعى عليه ردت اليمين على المدعي، وهذا قول مالك والشافعي وأحمد في رواية ،وبناءً على هذا القول يكون الحكم بناءً على النكول عن اليمين دون الرد باطلاً ؛لأنه حكم لا يستند إلى طريق من طرق الإثبات الشرعية .

وهو مروي عن ابن عمر وعلي وأبي ابن كعب وزيد بن ثابت وعن نافع عن ابن عمر" أن النبي-صلى الله عليه وسلم- رد اليمين على طالب الحق،"(٢) واليمين المردودة هي التي تطلب من المدعي،بعد نكول المدعى عليه عنها ،فالنبي -صلى الله عليه وسلم- ردها على المدعي ، وفعل ذلك عمر بمحضر من الصحابة دون أن ينكر عليه أحد .(٣)

وقول آخر بأن النكول من طرق الحكم،ولا حاجة لرد اليمين ،وهو مروي عن عثمان بن عفان وقضى به شريح ،فقال المدعي : أنا أحلف فقال شريح :قد مضى قضائي ،وهو قول الإمام أحمد في رواية (٤) ،وقول أبي حنيفة ،وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضي عليه بالنكول وألزمه ما أدعى عليه. وعلى هذا القول يكون الحكم المستند إلى النكول صحيحاً ؛لأنه يستند إلى طريق من طرق الإثبات .

واستدلوا لذلك بأن النكول دل على كونه مقراً،و لولا ذلك لأقدم على اليمين ودفع الضرر عن نفسه ،فالشهادة لإثبات الدعوى واليمين لإبطالها ،فوجب إن نكل عن اليمين تحقق الدعوى عليه ،وأما من نقل اليمين إلى المدعي فقد خالف النص،فاليمين للمدعى عليه وليست للمدعي.(١)

---

(١)البيجوري ،حاشية البيجوري ،ج٢،ص٦٥٣.
(٢)-الدارقطني، سنن الدارقطني،ج٤،ص٢١٣.
-البيهقي ،السنن الكبرى،ج١٠،ص١٨٤.
ونصه : "عن نافع عن ابن عمر أن النبي -صلى الله عليه وسلم- رد اليمين على طالب الحق ".
ورواية أخرى :عن علي -رضي الله عنه- قال :"المدعى عليه أولى باليمين ،فإن نكل أحلف صاحب الحق وأخذ ".
-الدارقطني ،سنن الدارقطني ،ج٤،ص٢١٣.
-ابن حزم،المحلى،ج٩،ص٣٨٠.
(٣)-ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص١٥٢.
-ابن رشد،بداية المجتهد،ج٢،ص٥٧٥.
-البيجوري،حاسية البيجوري،ج٢،ص٦٥٣.
- النووي ،المجموع ،ج٢٠،ص٢٠٨.
-ابن القيم ،الطرق الحكمية ،ص١١٦.
(٤)-ابن القيم،الطرق الحكمية ،ص٢١٨.
- ابن حزم ،المحلى ، ج٩ ،ص٣٧٢.

وهـــناك قـــول ثالـــث بـــأن القاضي يجبره على اليمين،بالضرب والحبس،فلا يقضى عليه بالـــنكول، أو بـــرد اليمين ،ويستثنى من ذلك بأن اليمين ترد في ثلاثة مواضع،لا رابع لها،وهي القـــسامة والوصـــية في السفر ،وإذا أقام شاهداً عدلاً وامرأتين عدلتين ،فيحلف ويقضي له ،وهذا قول ابن حزم .(٢)

ودلـــل على ذلك بأنه لم يثبت عن النبي –صلى الله عليه وسلم– القضاء بالنكول،ورد اليمين على الطالب عند النكول في الكتاب أو السنة ولا عن الصحابة .(٣)

والـــراجح قـــول الجمهور للزيادة في الاستيثاق،وتخويف المدعي من سوء عاقبة الحلف الكـــاذب، وكـــل مـــا يـــؤكد الدلـــيل المـــستند إلـــيه فـــي الحكـــم، يصار إليه ضماناً لاستقرار القـــضاء،والوصول إلـــى إحقاق الحق ،بالإضافة إلى الرواية المذكورة عن النبي–صلى الله عليه وســـلم–بـــرد اليمين عن ابن عمر –رضي الله عنهما– ،والرواية الأخرى عن علي –رضي الله عنه– .

فعلى قول الجمهور الحكم المستند إلى النكول دون رد اليمين حكم باطل ومردود ،وهو حكم صحيح ونافذ عند الحنفية .

وعـــند الظاهـــرية الحكم المستند إلى النكول حتى مع رد اليمين حكم باطل ومردود ،لأنه لم يثبت عن النبي –صلى الله عليه وسلم– القضاء بالنكول ورد اليمين.

---

(١)الميرغناني ،الهداية شرح البداية ،ج٧،ص١٦٥.
(٢)ابن حزم ،المحلى ،ج٩،ص٣٧٢.
(٣)المصدر نفسه ،ج٩،ص٣٧٧.وأطال ابن حزم في الرد على من قضى بالنكول سواء برده أو دون رده على طالب الحق من صفحة ٣٨٢-٣٩٢.

-المطلب الخامس:بطلان الحكم لخلل في القرائن :

القــرينة : هــي العلامــة الدالــة علــى الــشيء المطلوب ،وهي من الاقتران وهو المرافقة والمصاحبة. وهي أمر يشير إلى المطلوب وإمارة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً وتدل عليه (١).

فالحكم بالقرائن كوسيلة من وسائل الإثبات من الأدلة القضائية المعتبرة .

وقــد أجاز الفقهاء القضاء بالقرينة ،التي تكاد تبلغ حد اليقين،والتي تدل على ما يطلب الحكم به دلالــة واضحة،كالحكم على شخص بأنه قاتل إذا خرج من دار خالية،وكان مدهوشا خائفاً يحمل ســكيناً ملوثاً بالدم،فدخلوها فوراً فرأوا شخصاً مذبوحاً لحينه،غارقاً بدمه ولم يكن معه في الدار غيــر ذلك الرجل ،فذلك يعد قرينة واضحة كافية للقضاء عليه،فلا يشك أحد أنه قاتله،إلا إذا تبين يقيــناً عكــس ذلك (٢) ،أما إذا كانت القرينة ضعيفة كالقرائن العرفية(٣) أو المستنبطة من وقائع وتــصرفات الخصوم،فإنها تعد دليلاً مرجحاً لجانب أحد الخصوم متى اقتنع به القاضي ولم يجد دلــيلاً خلافــه ، أولم يثبت خلافها بطريق أقوى ،ولا يحكم بهذه القرائن في الحدود؛ لأن الحدود تــدرأ بالــشبهات ،ويحكــم بها في المعاملات المالية والأحكام الشخصية،فإذا اختلف رجلان في ســفينة فــيها دقــيق،فإذا كان أحدهما سفاناً أي صاحب سفينة والأخر تاجر،وليس لأحدهما بينة فالسفينة للأول و الدقيق للثاني . (٤)

ويــدخل فــي القــرينة واضحة الدلالة بعض القواعد الشرعية،الملزمة كقاعدة (الولد للفراش) المــتعلقة بالنــسب،وهي التــي تلحق نسب الولد لأبيه زوج أمه،والأدلة الحسية كظهور الحمل لإثــبات الــزنا، أو رائحة الخمر لإثبات الشرب،والقيافة في معرفة لانساب ،وقرائن الحال التي يقدرها القاضي من واقع الحال وعرف الناس .(٥) والحكم بالقرائن ثابت بالكتاب والسنة.

-الكتاب :

ما ورد في القرآن الكريم من الحكم بالقرائن،كما في قصة يوسف حيث أقام الحاكم قدّ القميص مقــام الشهود،ويكون العمل بالقرائن فيما لا تحضره البينات ،فأخوة يوسف لما آتوا بقميصه إلى أبيهم تأمله،فلم يرَ أثراً لخرق أو ناب .

---

(١)-ابن منظور، لسان العرب ،ج٣،ص٣٣٦.
-الجرجاني ،التعريفات ،ص١٧٤.
(٢)ابن الغرس،الفواكه البدرية،ص٨٣.
(٣)القرائن العرفية : التي تكون النسبة بينها وبين مدلولاتها قائمة على عرف أو إعادة تتبعها وجوداً وعدماً ،وهي من قبيل ظاهر الحال .
الزرقا ،المدخل الفقهي العام ،ج٢،ص٩١٨.
(٤)الزحيلي ،الفقه المالكي الميسر ،ج٣،ص٦٨٨.
(٥)عالية ، نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام ،ص٣٧٦.

١-قــال تعالى (**وشهد شاهد من أهلها،إن كان قميصه قدّ من قبل،فصدقت وهو من الكاذبين، وإن كان قميصه قدّ من دبر،فكذبت وهو من الصادقين،فلما رأى قميصه قدّ من دبر قال إنه من كيدكنّ إن كيدكن عظيم**)(١).

وجــه الدلالـــة : أن القــرائن قد أفادت الشاهد من أهلها –وهو الحكم –،إلى تمييز الصادق من الكاذب،بواسطة قدّ القميص،وجعلت الآية الكريمة شق الثوب،قرينة على صدق أحد المتنازعين .

٢-قال تعالى:(**وجاؤوا على قميصه بدم كذب**)(٢).

فاســتدل به على كذبهم،وقال لهم:متى كان الذئب حليماً،يأكل يوسف ولا يخرق قميصه ،فاستدل الفقهــاء بـــذلك علـــى إعمال الإمارات والقرائن في مسائل الفقه مقام البينة في المواضع التي لا تحضرها البينات،وكما سبق في تعريفنا للبينة بأنها اسم لكل ما يبين الحق ويظهره (٣).

– **السنة :**

١- عــن أبـــي هريـــرة رضـــي الله عـــنه أن رســـول الله صلى الله عليه وسلم قال:" لا تنكح الأيــم حتـــى تـــستأمر ، ولا تـــنكح البكـــر حتى تستأذن " قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها ؟ قال : "أن تسكت " (٤) .

وجــه الدلالـــة من الحديث : أن النبي صلى الله عليه وسلم،اعتبر سكوت البكر علامة وقرينة علـــى رضـــاها،قال الـــصنعاني تعلـــيقاً علـــى الحديث: والأولى أن يرجع إلى القرائن فإنها لا تخفى (٥).

٢-عـــن عائشة رضي الله عنها قالت :"دخلت علي النبي صلى الله عليه وسلم ذات يوم،مسرورٌ تبرق أسارير وجهه،فقال :" ألم تري إلى مُجَزِّز المُدلجَي ؟ نظر آنفا إلى زيد بن حارثة ، وأسامة بن زيد ، فقال: هذه الأقدام بعضها من بعض".(٦)

وجـــه الدلالة:أن النبي صلى الله عليه وسلم اعتبر القيافة،طريقاً إلى إثبات الأنساب ومعرفتها، وهذا من السنة التقريرية . (٧)

---

(١) سورة يوسف،آية ٢٦.
(٢)سورة يوسف،آية١٨.
(٣)ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص١٦١.
(٤) أخرجه البخاري في كتاب النكاح،باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها. -البخاري،صحيح البخاري،ج٥،ص١٩٧٤.
(٥) الصنعاني،سبل السلام ،ج٤،ص١٤٩٠.
(٦)أخرجه البخاري في كتاب الفرائض باب القائف .-البخاري ،صحيح البخاري،ج٦،ص٢٤٨٦. ومسلم في كتاب الرضاع باب العمل بإلحاق القائف للولد. -مسلم ،صحيح مسلم بشرح النووي،ج١٠،ص٤١.
والقيافة مصدر قاف قيافة ، والقائف الذي يتتبع الآثار ويعرفها، ويعرف شبه الرجل بأبيه . الصنعاني،سبل السلام ، ج٤،ص١٤٩٢.
(٧)الصنعاني ،سبل السلام ،ج٤ ،ص١٤٩٣ .

٣- ما وقع في غزوة بدر لابني عفراء،لما تداعيا قتل أبي جهل،فقال لهما رسول الله -صلى الله عليه وسلم-:"هل مسحتما سيفكما ؟ فقالا: لا ،فقال :أرياني سيفكما فلما نظر إليهما قال :هذا قتله وقضى له بسلبه"،فاعتمد على الأثر في السيف (١) .

٤- ومن ذلك حكم عمر -رضي الله عنه- برجم المرأة،إذا ظهر بها حمل،وليس لها زوج،وجعل ذلك مقام البينة في أنها زانية،اعتماداً على القرينة الظاهرة. (٢)

وقد ذكر ابن فرحون خمسين مثالاً ،على الحكم بالقرائن ، ومنها :

١- معرفة رضا البكر بصماتها،اعتماداً على القرينة الشاهدة لذلك ،وتجوز الشهادة عليها بأنها رضيت،وهذا يعتبر من أقوى الأدلة على الحكم بالقرائن .

٢- دعوى المرأة الاستكراه في الزنا،فهي متعلقة بالمدعى عليه أو بها بوجود أثر يدل على الإكراه،أو إمارة كالصياح ونحوه،فإنها قرينة يدرأ عنها الحد بها .

٣- الحكم بكفر من تردد إلى الكنيسة،أو لبس الزنار في بلاد الإسلام،أو ألقى المصحف في القاذورات،أو لطخ الحجر الأسود بالنجاسة،فهذه الأفعال قرينة دالة على الكفر (٣).

ويكون الحكم المستند إلى القرينة باطلاً في الحالات التالية:

١- إذا كان الحكم بالقرينة الضعيفة ،والتي لا تدل دلالة واضحة على المراد،حيث يشترط بالقرينة المراد الحكم بها أن تكون قرينة واضحة الدلالة على ما يطلب المدعي الحكم به، ويستثنى من ذلك القرائن المستنبطة،أو العرفية إذا اقتنع بها القاضي،ولا يوجد دليل سواها .(٤)

٢- إذا عارض القرينة دليل أقوى منها،كطرق الإثبات المتفق عليها كالشهادة والإقرار ، فالقرائن يؤخذ بها فيما لا تحضره البينات،فيحتج بها من العلماء من يرى الحكم بالعلامات والإمارات فيما لا تحضره البينات (٥) ،أما إذا كانت القرينة تؤكد ما يثبت بالشهادة،فهذا زيادة في التحقق،وإن كانت الشهادة كافية في الإثبات،وإن لم يقترن بها شيء إذا كانت مكتملة النصاب كاملة الشروط .

---

(١) ذكره ابن فرحون في تبصرة الحكام ،ج١،ص١٦٢، وأخرجه البخاري في كتاب الجهاد باب من لم يخمس الأسلاب.البخاري،صحيح البخاري،ج٣،ص١١٤٤. ومسلم في كتاب الجهاد، باب استحقاق القاتل سلب القتيل .
-مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي،ج١٢،ص٦١.
(٢)-ابن فرحون ،تبصرة الحكام،ج٢،ص٩٤.
-ابن قيم الجوزية ،الطرق الحكمية ،ص٦. وأصل هذا الأثر في حديث ابن عباس-رضي الله عنهما- كما سيأتي في الصفحة التالية.
(٣)ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج٢،ص٩٣وما بعدها .
(٤)الزحيلي ،الفقه المالكي الميسر ،ج٣،ص٦٨٨.
(٥)ابن فرحون ،تبصرة الحكام،ج١، ١٦١.

٣- إذا كان الحكم بالقرينة في الحدود ؛ فالحدود لا تثبت مطلقاً بالقرائن عند الجمهور؛ لأنها تدرأ بالشبهات (١) .

وخالفهم مالك وأحمد بن حنبل،فأجازوا رجم المرأة إذا وجد حمل ولا زوج لها،معتمدين في ذلك على حكم عمر -رضي الله عنه-،والصحابة معه برجم المرأة إذا ظهر بها حمل ولا زوج لها ولا سيد،اعتماداً على القرينة الظاهرة .(٢)

وحكم ابن مسعود وعمر بالحد برائحة الخمر من رجل أو قيئه ،فعن عبد الله بن عباس -رضي الله عنهما -قال: قال عمر بن الخطاب وهو جالس على منبر رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، إن الله قد بعث محمداً بالحق ،وأنزل عليه الكتاب،وكان مما أنزل عليه آية الرجم،قرأناها وعيناها وعقلناها،فرجم رسول الله ورجمنا بعده ،فأخشى إن طال بالناس زمان أن يقول قائل:ما نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله،وإن الرجم في كتاب الله حق على من زنى،إذا أحصن من الرجال والنساء،إذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف" (٣).

فالنص واضح في اعتبار الحبل دليلاً على رجم المرأة،إذا لم يكن لها زوج ولا سيد وظهر لها حمل،وهذا اعتماد على القرينة الظاهرة،وهو ليس بإقرار أو شهادة.

واستدل ابن القيم بأنه لم يزل الأئمة والخلفاء،يحكمون بالقطع إذا وجد المال المسروق مع المتهم،وهذه القرينة أقوى من البينة والإقرار،ولا يتطرق إليها شبهة،وكما إذا رأينا رجلاً مكشوف الرأس وليس من عادته ذلك، ورجل هارب أمامه وفي يده عمامة،وعلى رأسه عمامة، حكمنا بالعمامة التي بيد الهارب،لمكشوف الرأس،وأنها يد غاصبة ظالمة ،والقرينة الظاهرة هنا أقوى بكثير من البينة والاعتراف ،فكيف يمكن أن نعطل الحكم بها .(٤)

والراجح أنه لا يحكم بالقرائن في الحدود ؛وذلك لأنها تدرأ بالشبهات،وليس من مقاصد الشرع إثبات الحدود وإقامتها،فقد دفع النبي -صلى الله عليه وسلم- ماعزاً أكثر من مرة، حتى لا يثبت عليه الحد، فعن أبي هريرة -رضي الله عنه- قال: "أتى رجلٌ رسول الله -صلى الله

---

(١) -الزحيلي ،الفقه المالكي الميسر ،ص٦٨٨.
-السرخسي،المبسوط،ج٢٤،ص٣١.
-الشربيني،مغني المحتاج،ج٤،ص١٩٠.
-ابن مفلح،المبدع،ج٩،ص١٠٤.
-البهوتي،كشاف القناع،ج٦،ص١١٩.
(٢) -ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج٢،ص٩٤.
- ابن القيم ،الطرق الحكمية ،ص٦.
(٣)رواه البخاري في كتاب المحاربين من أهل الردة باب رجم الحبلى من الزنا إذا أحصنت ،ج٦،ص٢٥٠٣.
ومسلم كتاب الحدود باب رجم الثيب في الزنا ،ج١١،ص١٩١.
(٤)ابن القيم ،الطرق الحكمية ،ص٦.

عليه وسلم-وهو في المسجد،فناداه،فقال :يا رسول الله إني زنيت،فأعرض عنه حتى رد عليه أربع مرات "(١) .

كما أنه ثبت عن عمر -رضي الله عنه-،أنه لم يرجم امرأة وهي حبلى،ولا يعلم لها زوج،حينما تحقق من أنها امرأة صالحة،وأنه قد اعتدي عليها من فاجر ،كما أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال في الحديث التي ترويه عائشة "ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن وجدتم للمسلم مخرجا،فخلوا سبيله ،فإن الإمام لإن يخطئ في العفو خير له من أن يخطئ في العقوبة "(٢). وقد حصلت قصة ذكرها ابن القيم نفسه في كتابه الطرق الحكمية،تدل على أن القرينة غير كافية في القصاص،وإقامة الحدود،فقد توجد قرينة واضحة الدلالة على الحكم ، ويكون الشخص بريئا .

والقصة هي: أن عليا أتي برجل وجد في خربة بيده سكين ملطخ بدم،وبين يديه قتيل يتشحط في دمه،فقال الرجل : أنا قتلته،قال علي -رضي الله عنه- اذهبوا به فاقتلوه،فلما ذهبوا به أقبل رجل مسرعا،فقال:يا قوم لا تعجلوا ردوه إلى علي،فردوه فقال الرجل:يا أمير المؤمنين ما هذا صاحبك ،أنا قتلته،فقال علي للأول:ما حملك على الاعتراف بما لم تصنع،فقال:إني رجل قصاب ذبحت بقرة وسلختها،وأنا في الطريق أخذني البول،فأتيت خربة فدخلتها،فقضيت حاجتي،ثم قدم العسس،وأنا على هذا الحال، والمقتول يتشحط في دمه فأيقنت أنك لا تترك قولهم لقولي،فاعترفت بما لم أفعل،فسأل المقر الثاني،فأخبر بأنه قتل الرجل طمعا في المال،فلما أيقنت بقتل نفس أخرى بغير ذنب اعترفت بالحق.(٣)

فالقصة ثبت فيها القتل بالقرينة الواضحة الدلالة،التي لا يكاد يتطرق إليها شك،ورغم ذلك كان من تثبت عليه الجريمة بريئا منها والخطأ في العفو،خير من الخطأ في العقوبة،وبخاصة في الحدود والقصاص التي يفوت فيها نفس أو عضو .

وأما في غير الحدود والقصاص فكما تقدم يحكم بها ،وإذا حصل خطأ يمكن استدركه،فالقرينة الواضحة الدلالة على المطلوب بينة تثبت بها الحقوق في غير الحدود والقصاص .

---

(١)سبق تخريجه،ص٩٨.

(٢)أخرجه الترمذي في كتاب الحدود باب ما جاء في درء الحدود.-الترمذي،سنن الترمذي،ج٤،ص١٤٢٤. وابن ماجة في كتاب الحدود باب الستر على المؤمنين ودفع الحدود بالشبهات.-ابن ماجة،سنن ابن ماجة،ج٢،ص٨٥٠.
وابن أبي شيبة في مصنفه ،كتاب الحدود ،باب ما ورد في درء الحدود بالشبهات .
-ابن أبي شيبة،أبو بكر،(ت٢٣٥هـ).مصنف ابن أبي شيبة،(تحقيق مختار الندوي)،الدار السلفية، الهند،١٩٨١م،ج٩،ص٥٦٩.
واخرجه الحاكم في كتاب الحدود باب إن وجدتم لمسلم مخرجا فخلوا سبيله،وقال هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه .
-الحاكم،المستدرك،ج٤،ص٣٨٤.

(٣) ابن القيم ،الطرق الحكمية ،ص٥٦.

-المطلب السادس:بطلان الحكم المستند إلى علم القاضي الشخصي:

وهو ما يعرفه القاضي من وقائع الدعوى،وأسباب ثبوتها،سواء كانت هذه المعرفة، قبل توليته الحكم أو بعده ،وسواء حصل له هذا العلم في مجلس القضاء،أو خارجه ،فإذا حكم القاضي معتمداً في حكمه على علمه،يعتبر هذا الحكم باطلاً عند من يقول بعدم جواز حكم القاضي بعلمه .

وقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : لا يقضي القاضي بعلمه مطلقاً وبه قال المالكية،والحنابلة في ظاهر المذهب والشعبي وأبو عبيد ووافقهم متأخرو الحنفية والشافعية في قول في الحدود وحقوق الله تعالى (١).واستدلوا لذلك بما يلي :

١- عن أم سلمة زوج النبي -صلى الله عليه وسلم -عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أنه سمع خصومة بباب حجرته ، فخرج إليهم فقال : "إنما أنا بشر ،وإنه يأتيني الخصم ،فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض، فأحسب أنه صادق فأقضي له بذلك ، فمن قضيت له بحق مسلم،فإنما هي قطعة من النار ، فليأخذها أو ليتركها " (٢) .

-وجه الدلالة :"دل على أن القاضي يقضي بما يسمع لا بما يعلم"(٣) .

عن عبد الله ابن مسعود -رضي الله عنه- أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال :" من حلف على يمين يقتطع بها مال امرئ ،هو عليها فاجر ،لقي الله وهو عليه غضبان " ،فأنزل الله تعالى:"**إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً** " الآيه فجاء الأشعث فقال لي: "شهودك"، قلت : مالي شهود .قال فيمينه " قلت يا رسول الله إذاً يحلف ،فذكر النبي -صلى الله عليه وسلم- هذا الحديث ،فأنزل الله ذلك تصديقاً له " . (٤)

-وجه الدلالة : أن النبي حصر البينة في الشهادة أو اليمين .

---

(١) -ابن رشد ،بداية المجتهد ونهاية المقتصد ،ج٢،ص٥٧٧.
- ابن القيم ،الطرق الحكمية ،ص٥٦.
-ابن قدامة ،المغني ،ج٩،ص٥٥.
-الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٤٨٦.
-ابن عابدين،رد المحتار،ج٥،ص٤٢٣.
-النووي ،المجموع ،ج٢٠،ص١٦٢.

(٢) سبق تخريجه ،ص١٧.

(٣) ابن قدامة ،المغني ،ج٩،ص٥٦.

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الأحكام ،باب الحكم في البئر .
البخاري ،صحيح البخاري ،ج٨،ص١١٦.

وقـد أجـاب عـنه ابن حزم بقوله :"ومن البينة التي لا بينة أبين منها،صحة علم الحاكم بصحة حقه،فهو في جملة هذا الخبر " .

وبـأن علم القاضي داخل في عموم البينة،وأن النبي –صلى الله عليه وسلم– لم يرد بالبينة الـشهادة فقط (١) ، كما أنه يمكن أن يجاب عليهم بأن الإقرار من أقوى وسائل الإثبات،ومع ذلك لم يذكر في هذا النص على اعتبار أن البينة الشهادة، فلزم أن يكون المراد بالبينة كل ما يبين به الحق، كما مر في تعريف البينة .

٣- روي عـن عمر –رضي الله عنه– أنه تداعى عنده رجلان فقال له أحدهما :"أنت شاهدي " فقال:" إن شئتما شهدت ولا أحكم،أو أحكم ولا أشهد "(٢) .

فدل النص على أنه لا يجمع القاضي بين أن يكون قاضياً وشاهداً في وقت واحد،فخيرهما بين أن يكون شاهداً أو قاضياً .

٤-لأن تجويـز القـضاء بعلـم القاضـي يفضي إلى التهمة ،والحكم بما يشتهي،ويحيل ذلك إلى علمـه(٣)،كما أنه لا يؤمن على التقي أن تتطرق إليه التهمة،ويلزم من إجازة حكم القاضي بعلمه مطلقا،أنـه لو عمد إلى رجل مستور لم يعهد منه فجور أن يرجمه ويقول بأنه رآه يزني،أو يفرق بـين زوج وزوجة،ويـزعم أنـه سمعه يطلقها،وهذا يفتح للقاضي سبيلاً إلى قتل عدوه وتفسيقه، والتفريق بينه وبين من يحب (٤) .

٥-أنه لو كان علم القاضي في الإثبات كشهادة اثنين،لانعقد بعلمه وحده النكاح .(٥)

-**القـول الثانـي** : يجب على القاضي أن يقضي بعلمه في الدماء والقصاص والأموال والفروج والحدود،سـواء علـم ذلـك قبل ولايته أو بعدها وهو قول الحنابلة و الظاهرية ،وذهب الحنفية والشافعية في الراجح عندهم إلى جواز أن يقضي القاضي بعلمه في غير الحدود.(٦)

وذكر ابن أبي الدم شرطين لحكم القاضي بعلمه وهما: **الأول** أن يقول للمنكر: قد علمت أن له عليك ما ادعاه ،و**الثانـي** أن يقول له :وحكمت عليك بعلمي فإن اقتصر على أحد الشرطين لم ينفذ حكمه .(٧)

---

(١) ابن حزم ،المحلى ،ج٩،ص٤٢٨.
(٢) ابن قدامة، المغني،ج٩،ص٥٦.
(٣) المصدر نفسه ،ج٩،ص٥٩.
(٤) الشوكاني،نيل الأوطار ،ج٩،ص١٩٦.
(٥) النووي ،المجموع، ج٢٠،ص١٦٢.
(٦) -ابن عابدين،رد المحتار ،ج٥،ص٤٢٣.
-النووي،المجموع ،ج٢٠،ص١٦٢.
-ابن قدامة ،المغني ،ج٩،ص٥٥.
-ابن حزم ،المحلى ،ج٩،ص٤٢٦.
(٧)ابن أبي الدم ،أدب القضاء ،ص١١٧.

-أدلتهم :

١- قوله تعالى :"يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم " (١).

وجه الدلالة : ليس من العدل أن يترك الظالم على ظلمه ،وأن يعلن الفاسق الكفر بحضرة الحاكم والإقرار بالظلم والطلاق،ثم يقره الحاكم مع المرآة، ويحكم لها بالزوجية والميراث،فيظلم أهل الميراث حقهم.(٢)

٢- حديث "من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ،فإن لم يستطع فبلسانه ،فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان "(٣).

٣- لأنه إذا جاز أن يحكم بما يشهد به الشهود،وهو من قولهم على ظن،فلأن يجوز أن يحكم وهو على علم بما سمع أو رأى أولى .(٤)

٤- أن شريحا كان يقضي بعلمه .(٥)

وجه الدلالة : أن الحاكم إن لم يغير ما رأى من المنكر،حتى تأتي البينة على ذلك،فقد عصى الرسول -صلى الله عليه وسلم-،و فرضٌ عليه أن يغير كل منكر علمه بيده ،وأن يعطي كل ذي حق حقه وإلا فهو ظالم (٦) .

واستثنى الحنفية والشافعية الحدود؛ لأن الحدود تسقط بالشبهات وقد ندب إلى سترها ودرئها، فقد قال النبي -صلى الله عليه وسلم- في حق ماعز :"هلا سترتهما بثوبك"(٧)،كما أن فساد القضاة يغير الفتوى ويمنع من العمل بحكم القاضي بعلمه،خوفاً من أن يستغل ذلك بالجور والظلم، ولذلك اشترط ابن أبي الدم على القاضي أن يبين سبب الحكم ضماناً للمحكوم عليه ولعدالة القضاء .

"القاضي يقضي بعلمه إلا في الحدود،فإنه لا يقضي في الحدود بعلمه،ما لم يوجد نصاب الإقرار بشرائطه،أو البينة بشرائطها "(٨).

"ولا يقضي القاضي بعلمه في الحدود لسقوطها بالشبهة مع ندب سترها في الجملة "(٩) .

وعلى هذا القول يكون الحكم القضائي المستند إلى علم القاضي صحيحا ونافذاً .

---

(١)سورة النساء،آية ،١٣٥.
(٢)ابن حزم ،المحلى ، ج٩،ص٤٢٩.
(٣)سبق تخريجه .
(٤)النووي ،المجموع،ج٢٠،ص١٦٢.
(٥)الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف ،ص٤٨٦.
(٦)ابن حزم ،المحلى ،ج٩،ص٤٢٩.
(٧)سبق تخريجه.
(٨)الخصاف ،أدب القضاء ،ص٤٨٦.
(٩)ابن حجر ،تحفة المحتاج ،ج٤،ص٣٦٨.

الـراجح : ورغـم ما تقدم من أدلة بجواز قضاء القاضي بعلمه،إلا أننا نرجح عدم جواز قضاء القاضـي بعلمه،مـراعاة لمقاصد الشريعة من درء المفسدة المترتبة على حكم القاضي بعلمه من التـشكيك بنـزاهة القـضاء ودخول التهمة على القاضي،ومنع قضاة السوء من استغلال الحكم بعلمهـم لظلم الناس،وهذا ما جعل الشافعي رحمه الله يقول:"لولا قضاة السوء لقلنا أن للحاكم أن يحكم بعلمه "(١)،وعلى هذا القول يكون الحكم القضائي المستند إلى علم القاضي باطلاً ومردوداً.

وهـذا مـا أشار إليه ابن عابدين بقوله :"للقاضي العمل بعلمه،والفتوى على عدمه في زماننا لفساد القضاة فيه ". (٢)

وهذا ما جعل ابن أبي الدم يشترط في حالة حكم القاضي بعلمه،عند من أجاز،أن يبين أنه حكم بعلمه،وإن لم يبين يبطل الحكم ولا ينفذ ،وطلب التسبيب ضماناً لعدم ظلم القاضي بحكمه بعلمه .

(١)الشوكاني ،نيل الأوطار ج٩،ص١٩٦.
(٢)ابن عابدين،رد المحتار،ج٥،ص٤٢٣.

-المطلب السابع :بطلان الحكم لخلل في البينة في القانون:

البينة هي الطريق لإثبات الحق المدعى ،والحق هو المصلحة التي يحميها القانون، والمصلحة لا قيمة لها إذا لم يحمها القانون ،والحق لا قيمة له إذا لم تتوفر وسيلة إثباته، وعلى مدعي الحق أن يثبت مصدر حقه،فالإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء على وجود واقعة قانونية،والوقائع المادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات . (١)

وقد بين قانون البينات الأردني رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٢ في المادة الثانية وسائل الإثبات والتي نصها :

"تقسم البينات إلى :

١- الأدلة الكتابية .

٢- الشهادة .

٣- القرائن .

٤- الإقرار .

٥- اليمين .

٦- المعاينة والخبرة ."

ثم بين القواعد الكلية في الإثبات،وبين الأدلة الكتابية:وهي السندات الرسمية والسندات العادية والسندات غير الموقعة ،والسندات الرسمية كما جاء في المادة السادسة بأنها السندات التي ينظمها الموظفون الذين من اختصاصهم تنظيمها،طبقاً للأوضاع القانونية ،ويحكم بها دون أن يكلف مبرزها إثبات ما نص عليه فيها،ويعمل بها ما لم يثبت تزويرها ،ويلحق بها السندات التي ينظمها أصحابها ويصدقها الموظفون الذين من اختصاصهم تصديقها ،ويبطل العمل بهذه السندات إذا لم تستوف الشروط السابقة،كسندات رسمية،ولا يكون لها إلا قيمة السندات العادية،التي ليست بقوة السندات الرسمية المعتبرة حجة على الناس كافة بما دون فيها، قام بها الموظف العام في حدود اختصاصه،أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره .

وتبطل هذه السندات إذا تبين تزويرها،بالطرق المقررة قانوناً.

أما السندات العادية وهي التي تشتمل على توقيع من صدرت عنه،أو على فاتحة أو بصمة إصبعه،وليس لها صفة السند الرسمي.

أما الإقرار فقد ورد تعريفه في المادة الرابعة والأربعين أنه إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر.

---

(١) أبوالوفا ،أصول المحاكمات المدنية ،ص٥٧١.

واشترط في المادة السابعة والأربعين أن يكون المقر بالغا عاقلاً غير محجور عليه،فلا يصح إقرار المجنون أو الصغير أو المعتوه أو السفيه أو المحجور عليه ،كما يشترط في الإقرار أن لا يكذبه ظاهر الحال،ولا يجوز قبول الإقرار في غير مجلس الحكم بشهادة الشهود،ما لم تسبقه قرائن قوية تدل على وقوعه ،وما يتعلق بالإقرار فصلته المواد من المادة الرابعة والأربعين إلى المادة الثانية والخمسين،وقد نصت المادة الثالثة والعشرون بعد المائتين من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الصادر في عام ١٩٣٣ على أن الإقرار يكون باطلاً،إذا لم يكن المقر حائزاً على الأهلية أو الصلاحية الكاملة (١).

والشهادة بين أحكامها قانون البينات الأردني،من المادة السابعة والعشرين إلى المادة التاسعة والثلاثين ،وبين في هذه المواد أن المحكمة تسمع شهادة كل إنسان،ما لم يكن مجنوناً أو صبياً،لا يفهم معنى اليمين ،ولها أن تسمع أقوال الصبي،الذي لا يفهم معنى اليمين على سبيل الاستدلال فقط .

كما أن القانون أعطى للقاضي تقدير قيمة شهادة الشهود،من حيث عدالتهم وسلوكهم،دون الحاجة إلى التزكية ،ولا تقبل المحكمة شهادة الشهود،إذا لم توافق الدعوى أو تتفق أقوال الشهود مع بعضها البعض،إلا بالقدر الذي تقتنع المحكمة بصحته ،وبينت أنه لا يكفي شهادة شاهد لإصدار حكم في أي قضية،إلا إذا تأيدت ببينة مادية ترى المحكمة أنها كافية لإثبات صحتها .

كما نص القانون على أنه يجوز الإثبات بالشهادة في الالتزامات غير التعاقدية ،أما الالتزام التعاقدي في غير المواد التجارية ،وتزيد قيمته عن عشرة دنانير أو غير محدد القيمة فلا يجوز إثباته بالشهادة ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك ،أما في الالتزامات التجارية أو المدنية التي لا تزيد قيمتها على عشرة دنانير فيجوز الإثبات بالشهادة ،وهذا ما جاء في المادة الستين من قانون الإثبات المصري،وحدد القيمة بعشرين جنيها،وفي قانون أصول المحاكمات اللبناني حدد القيمة ب٢٧٥ليرة (٢) .

- واستثنى قانون البينات الأردني جواز الإثبات بالشهادة في الالتزامات التعاقدية،حتى لو كان المطلوب تزيد قيمته على عشرة دنانير في الحالات التالية :

---

(١)أبو الوفا ،أصول المحاكمات المدنية ،ص٦١٣.
(٢) المصدر نفسه ،ص٦٢١.

١- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي،أو كان العرف والعادة لا يقتضيان ربطها بسند ،ومثل القانون للمانع المادي بأنه لا يوجد من يستطيع كتابة السند وللمانع الأدبي كالقرابة بين الزوجين أو بين الأصول والفروع .

٢- إذا فقد الدائن السند المكتوب لسبب لا يد له فيه .

٣- إذا طعن في العقد بأنه ممنوع في القانون،أو مخالف للنظام العام أو الآداب .

أما اليمين فقد بين قانون البينات الأردني الأحكام المتعلقة باليمين،من المادة الثالثة والخمسين إلى المادة التاسعة والستين،وجاء فيها أن اليمين لا توجه إلا بطلب الخصم،وأن تكون اليمين متعلقة بشخص من وجهت له اليمين،وإلا توجهت اليمين على مجرد العلم بها فقط،فلا يحلف الإنسان على فعل غيره .

وبين أن لا تكون اليمين إلا أمام المحكمة ،ولا اعتبار للنكول عن اليمين خارجها،كما اشترط القانون أن تكون اليمين بصيغة وعبارة واضحة وجليه في الوقائع التي يريد استحلاف خصمه عليها،وللمحكمة الحق في التدخل بهذه الصيغة لتتوجه بدقه ووضوح على المطلوب ،كما أجاز القانون رد اليمين على من طلبها ، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه ،كما أن توجيه اليمين يعني في القانون التنازل عما عداها من البينات بالنسبة إلى الواقعة التي ترد عليها ،وللمحكمة إذا كان من وجهت إليه اليمين عنده عذر يمنعه من الحضور أن تنتقل أو تنتدب أحد قضائها لتحليفه ، وحددت الحلف بالله تعالى .

أما بالنسبة إلى علم القاضي ،فقد صرح القانون في المادة الثالثة ،بأنه ليس للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي .

أما القرائن في القانون فقد قسمها القانون إلى قرائن قانونية وهي التي نص عليها القانون وتغني من تقررت لمصلحته عن أي طريق أخرى من طرق الإثبات،على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي،ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك،وقرائن قضائية ،وهي التي لم ينص عليها القانون،ويستخلصها القاضي من ظروف الدعوى ويقتنع بأن لها دلالة معينة، واستنباط هذه القرائن متروك لتقدير القاضي ،ولا يجوز الإثبات بالقرائن القضائية،إلا في أحوال معينة،وهي الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة ،وقد بينها قانون البينات الأردني من المادة الأربعين إلى المادة الثالثة والأربعين.

أما الخبرة ففي بعض الحالات،التي يتطلب تحقيقها الإلمام بعلم أو فن لا تشمله معارف القاضي،كالطب والهندسة والمحاسبة والخطوط،أجاز القانون أن يحكم بانتداب خبير واحد،أو

ثلاثة خبراء،تستعين بهم المحكمة،كلما رأت ضرورة لذلك من تلقاء نفسها،أو بطلب الخصوم، وقد نصت المادة الثمانون بعد المائتين ، من قانون أصول المحاكمات المصري أن للمحكـمة أن ترد الخبير الذي اقترحوه،ولو اتفقوا عليه،على أن المحكمة تختار الخبير،ولها أن تستشير الخصوم في ذلك، و اختيار الخبير يكون لمعارفه الفنية وعدالته.(١)

ومع أن قانون البينات عدّ الخبرة والمعاينة من وسائل الإثبات،إلا أنه لم يبين فيها شيء، كما بين باقي الوسائل ،وقد بيَّن قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة التاسعة عشر بعد المائة"أنه يثبت العيب المانع من الدخول في المرأة أو الرجل بتقرير من القابلة أو الطبيب مؤيداً بشهادتهما "(٢)، وهذا يدل على اشتراط القانون ضم شهادة الخبير إلى تقريره،ويعتبر سبباً في بطلان الحكم الاعتماد على الخبرة في الإثبات،إذا كان التقرير غير مؤيد بشهادة الخبير .

وقد جاء في أصول المحاكمات الشرعية في المواد الخاصة بالبينات ما يلي:

- يجب أن يعين في كل مذكرة حضور الزمان والمكان،اللذان ينبغي حضور الشخص فيهما، وأن يبين فيها هل كان مطلوباً لأداء شهادة أم لإبراز مستند،أم للأمرين معاً وأن يذكر فيها بالتفصيل موضوع المستند المطلوب إبرازه .

- على المحكمة أن تحلف الشاهد اليمين قبل البدء في الشهادة،ولا حاجة إلى لفظ أشهد .

- إذا اقتنعت المحكمة بشهادة الشهود حكم بموجبها،وإلا ردتها دون حاجة إلى إجراء تزكية مع بيان أسباب ذلك في الحالتين بناءً على تحقيقات المحكمة .

- المستندات الرسمية:هي التي ينظمها موظفون من اختصاصهم تنظيمها،كوثيقة الزواج وشهادة الميلاد الصادرة أثر الولادة،والوثائق التي ينظمها الكاتب العدل،وسندات التسجيل تعتبر بينة قاطعة على ما نظمت لأجله،ولا يقبل الطعن فيها إلا بالتزوير،ويشترط في ذلك إثبات صحة تنظيم،أي مستند أو عقد أو وكالة أو صك كتابي منظم،أو موقع في مكان خارج المملكة الأردنية الهاشمية،بإقرار الفريقين المتعاقدين،أو بتصديقه من السلطات المختصة،في البلد الذي نظمت أو وقعت فيه،ومن ممثل المملكة الأردنية الهاشمية في ذلك البلد إن وجد ،ويعتبر المأذون موظفاً لمقاصد هذه المادة .

---

(١) أبوالوفا ،أصول المحاكمات المدنية ،ص٦٢٤.
(٢) الأشقر ،الواضح في قانون الأحوال الشخصية ،ص٢٦٧.

-إذا أدعي أن المستند المبرز مزور،وطلب من المحكمة التدقيق في ذلك،وكانت هناك دلائل وإمارات تؤيد وجود التزوير،تأخذ المحكمة من المدعي كفيلاً يضمن لخصمه ما قد يلحق به من عطل وضرر،إذا لم تثبت دعواه ، ثم تحيل أمر التحقيق في دعوى التزوير إلى المراجع المختصة، لرؤيتها وتؤجل النظر في الدعوى الأصلية،حتى تنتهي دعوى التزوير المذكورة .

- يجوز الطعن في المستندات العرفية بالإنكار أو التزوير .

- يجوز رد أهل الخبرة،إذا كان الخبير ممن لا تقبل شهادته شرعاً لأحد الخصوم .

- لا يقبل من أحد الخصوم رد أهل الخبرة ،إلا إذا كان سبب الرد حادثاً بعد التعيين .

- إذا كانت الدعاوى المالية مستندة إلى سند،فلا تقبل البينة الشخصية لدفعها،ويستثنى من ذلك الدفع الذي يقدمه أحد الزوجين ضد الآخر.

- يثبت الجنون والعته والأمراض التي توجب فسخ النكاح في دعوى الحجر وفسخ النكاح بتقرير الطبيب المؤيد بشهادته أمام المحكمة،وإذا لم يكن التقرير مع شهادة الطبيب باعثاً على الطمأنينة يحال الأمر إلى طبيب آخر أو أكثر . (١)

فنقصان أي شرط من الشروط التي اعتبرها القانون في البينات السابقة،يعتبر الاستناد إلى هذه البينة باطلاً،ويترتب على بطلان البينة بطلان الحكم المستند إليها.

ويكون الحكم القضائي باطلاً لخلل في البينة في القانون في الحالات التالية :

١-بطلان الحكم المبني على سند رسمي أو عرفي إذا ثبت تزويره.

٢-بطلان الحكم المبني على إقرار من ليس أهلاً إما لجنون أو سفه أو صغر أو حجر.

٣-بطلان الحكم المبني على شهادة من ليس أهلاً للشهادة ،إما لجنون أو لصغر ،حيث نص القانون على قبول شهادة كل إنسان ما لم يكن صغيراً أو مجنوناً .

٤- بطلان الحكم المبني على شهادة تتناقض فيها أقوال الشهود مع بعضها البعض .

(١) راتب الظاهر ،التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية .

٥- بطـــلان الحكم المبني على شهادة في الالتزام التعاقدي الذي تزيد قيمته عن عشرة دنانير أو غيـــر محـــدد القـــيمة ،مـــا لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك ،أما في الالتزامات المدنية والـــتجارية ،فقـــد أجاز القانون ذلك ،كما يجوز الإثبات في الشهادة بالالتزامات التعاقدية حتى لو كانت قيمة المطلوب تزيد عن عشرة دنانير في الحالات التي تقدم استثناؤها .

٦-بطلان الحكم المبني على يمين تمّ توجيهها دون طلب الخصم .

٧- بطلان الحكم المبني على يمين خارج المحكمة .

٨-بطلان الحكم المبني على يمين صيغته غير واضحة وجلية في الوقائع التي يريد استحلاف الخصم عليها .

٩- بطلان الحكم المبني على علم القاضي الشخصي.

١٠-بطلان الحكم المبني على القرائن القضائية في غير الأحوال التي نص عليها القانون ، وهي الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة .

١١- بطلان الحكم المبني على تقرير الخبير إذا لم يكن مؤيداً بشهادته.

١٢-بطلان الحكم المبني على أي بينة من البينات المتقدمة إذا لم يتوفر فيها شرط من الشروط التي اشترطها القانون.

-الفصل الثالث : بطلان الحكم القضائي لخلل في أصول التقاضي وإجراءاته:

-المبحث الأول : بطلان الحكم لخلل في التبليغ .

-المبحث الثاني: بطلان الحكم لعدم صحة التوكيل بالخصومة .

-المبحث الثالث:بطلان الحكم لمخالفته قواعد الاختصاص .

-المبحث الرابع : بطلان الحكم للتقادم .

-المبحث الخامس :بطلان الحكم لخلل في نظر الدعوى .

-المطلب الأول :بطلان الحكم لسؤال القاضي المدعى عليه عن الدعوى،و كانت الدعوى غير صحيحة أو غير واضحة .

-المطلب الثاني: بطلان الحكم لمخالفة مبدأ العلنية .

-المطلب الثالث: بطلان الحكم لعدم الخصومة .

-المطلب الرابع :بطلان الحكم لخلل في تحليف اليمين.

-الفرع الأول:بطلان الحكم المبني على تحليف اليمين من القاضي للمدعى عليه دون طلب المدعي.

-الفرع الثاني:بطلان الحكم لعدم حلف يمين الاستظهار في الحالات التي تستوجب حلفها .

-المبحث الخامس : بطلان الحكم لعدم طلب المدعي الحكم له بما يدعيه.

-المبحث السادس : بطلان الحكم لخلل في إصداره .

-المطلب الأول : بطلان الحكم لخلل في الإعذار .

-المطلب الثاني : بطلان الحكم لخلل في صيغته.

-المطلب الثالث: بطلان الحكم لإصداره سراً.

-المطلب الرابع: بطلان الحكم لعدم اشتماله على المحتويات الواجب توافرها فيه .

-المطلب الخامس: بطلان الحكم لعدم تسبيبه.

الفصل الثالث

بطلان الحكم القضائي لخلل في أصول التقاضي وإجراءاته

إن من أسباب بطلان الحكم القضائي،وجود خلل في أصول التقاضي وإجراءاته ،وقد عبر عنها الفقهاء بكيفية التقاضي ،وتعتبر هذه الأصول من أركان الحكم القضائي،قال ابن فرحون : "أركان القضاء ستة:القاضي،والمقضي به،والمقضي له،والمقضي فيه،والمقضي عليه، وكيفية القضاء".(١)

وقد فصل ابن فرحون كيفية القضاء وأصوله،مبيناً تصرفات القضاة واصطلاحاتهم،وما يعتبر من تصرفاتهم حكماً،وما لا يعتبر،وألفاظ الحكم وما يدل عليه ،وتحديد المدعي من المدعى عليه ،فلا يستطيع القاضي السير في الدعوى،إلا بعد تحديد المدعي من المدعى عليه،حتى يستطيع السير في إجراءات الدعوى ،وبيّن الدعوى وشروطها والجواب عليها،والإجراءات المتعلقة بالإعذار والتأجيل والإمهال لإحضار البينة،والتعجيز وتوجيه اليمين،وما يتعلق بها من إجراءات التحليف،صفة وزماناً ومكاناً،والهيئة التي يكون عليها الحالف،نحو القيام واستقبال القبلة،وتغليظ اليمين ،ثم بين الإجراءات المتعلقة بطلب البينات وسماعها ،ففصل هذه الأصول والإجراءات تفصيلاً دقيقاً (٢).

وهذه الأصول والإجراءات تختلف باختلاف الزمان والمكان،وحجم المشاكل والقضايا،وفساد الناس وصلاحهم ،فلم يكن التدوين والتوثيق معروفاً،ولا مشروطاً في صدر الإسلام ،وإنما كانت المرافعة تبدأ بحضور الخصمين إلى القاضي،وطرح الخصومة،وبعد أن يسمع القاضي من الطرفين ويتبين وجه الحكم ضمن أصول وإجراءات مبسطة،فينطق بالحكم بينهما فيعرف صاحب الحق حقه،أو أن يحضر المدعي فيرسل القاضي مندوبه،لاستدعاء المدعى عليه ويعرض عليه دعوى المدعي .

فلم يكن هناك كاتب يكتب،ولا سجل تدون فيه القضايا والأحكام،وتنفذ الأحكام القضائية بعد صدورها،بواسطة الخصوم أنفسهم،أو يقوم القاضي بتنفيذها في الحال،ولما تقدم الزمان وكثرت القضايا والمشاكل،وأصبح من الصعب على القضاة،أن يعتمدوا على ذاكرتهم في حفظ ما يجري في جلسات المحاكمة،فأوجدوا تدوين الأحكام وتسجيلها ،فاشترطوا في كاتب القاضي الورع، وحسن السيرة،إلا أن الكتابة في بداية الأمر كانت موقوفة على رغبة القاضي،أو طلب الخصوم ،وأول من سجل الأحكام القضائية سليم بن عتر،قاضي مصر في خلافة معاوية بن أبي

---

(١)ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص١٧.
(٢)المصدر نفسه ،ج١،ص١٤٠-١٦١.

سفيان، في ميراث بين ورثة تخاصموا إليه، ثم تناكروا واختلفوا،فعادوا إليه فحكم بينهم وسجل الحكم.(١)

وجاء في شرح أدب القاضي للخصاف،أن أول من أثبت حجج الخصمين وسجلها ابن شبرمة وقال:أنا أول من أثبت حجج الخصمين،ولا يتركه أحد بعدي أبداً،ومعناه إثبات الدعوى بالصحيفة؛ لأنهم في الابتداء كانوا لا يثبتون المحاضر في سجلات،لكن المدعي يدعي عن ظهر قلب،ويجيبه الخصم كذلك ،فيحفظ القاضي ويقضي من غير كتابة في صحيفة أو سجل،وكان هذا عسيراً ،فأحدث ابن شبرمة تدوين محاضر الدعوى في السجلات؛ ليكون أسهل في القضاء ،ولم يترك أحد بعده تدوين الأحكام .(٢)

ويجمع بين الأمرين أن سليم بن عتر،قد سجل حكماً قضائياً فحسب، أما ابن شبرمة فقد أدخل تسـجيل الحكم والدعوى،في أصول وإجراءات التقاضي،فمع ازدياد الناس وكثرة الدعاوى،أصبح مـن الصعب على القضاة الاعتماد على ذاكرتهم ،وهذه الأصول والإجراءات تتبع الحاجة ،فهي ليسـت قـرآناً أو حكمـاً شرعياً لا يجوز مخالفته،وإنما هي تنظيمات إدارية للوصول إلى حكم قضائي عادل، ويعبر عن أصول وإجراءات التقاضي في زماننا بقانون المرافعات،كما في مصر وأصول المحاكمات كما في الأردن ولبنان وسورياً ولا فرق بينهما ،فالمحاكمة والمرافعة كلاهما يهدفان إلى فصل الخصومة،والوصول إلى الحكم القضائي الذي ينهي النزاع .

ووضع هذه الأصول من واجبات الدولة والجهاز القضائي،في سبيل تحقيق العدل واطمئنان الناس على أنفسهم وحرماتهم وأموالهم،فتنشئ المحاكم وتقسم اختصاصاتها،وتبين ولاية كل منها، وأصول وإجراءات الالتجاء إلى القضاء،ووسائل الدفاع وطرق الإثبات،وكيفية الفصل في المنازعات،فهناك أصول للمحاكمات المدنية والحقوقية،وأصول للمحاكمات الجنائية،وأصول للمحاكمات الشرعية ،وبهذا يستطيع الشخص أن يحدد المحكمة المختصة في نظر دعواه،فلا يرفع قضية متعلقة بالأحوال الشخصية في محكمة مدنية،أو محكمة مختصة بالجنايات ،كما أن أصول المحاكمات تبين القواعد المتعلقة بكيفية رفع الدعوى،والبيانات الواجب توافرها في صحيفتها،والوقت الذي تعتبر فيه الدعوى مرفوعة ،وكيف تنظر هذه الدعوى،وإجراءات الحضور،وجزاء التخلف عن الحضور ،وإجراءات إثبات الدعوى ،ومتى يتم إبداء الدفوع ،

---

(١) مدكور ،محمد سلام ،(١٩٦٤).القضاء في الإسلام ،(ط١). القاهرة:دار النهضة العربية ،ص٤٨.
(٢) الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٤٨٦.

وكيفية إصدار الحكم وبياناته،وكيفية الطعن فيه،وقواعد وشروط تنفيذه وكل ما يتعلق بالدعوى، من رفعها إلى فصلها،واكتساب الحكم الحجية .(١)

-تعريف إجراءات التقاضي:

-"طريق الحكم وصفته:طريق كل شيء ما يتوصل به إلى ذلك الشيء، والحكم فصل الخصومات"(٢).

-" طريق كل شيء ما توصل إليه،حكماً كان أو غيره "(٣) .

- أصول المحاكمات الحقوقية أو المدنية:هي مجموع القواعد والمراسم،الواجب على الخصوم اتباعها في الادعاء والمرافعة أمام المحاكم؛ لأجل حل النزاع وفصل الخصومة بينهما،وإيصال الحق إلى صاحبه (٤) .

-وعرفها الدكتور عبد الناصر أبو البصل بقوله :"يقصد بإجراءات التقاضي القواعد والخطوات،التي تبين كيفية رفع النزاع أو القضية،إلى المحكمة لتفصل فيها،وتصدر حكما لتحقق الغاية،التي من أجلها كان القضاء "(٥) .ويلاحظ أن التعريفات السابقة كلها على أنها الطريق التي يتوصل بها إلى الحكم ،من رفع الدعوى إلى صدور الحكم ، ووضع تنظيم لأصول وإجراءات التقاضي،يتفق ومقاصد الشريعة،التي تهدف إلى تحقيق مصالح الناس ،والمراد بمقاصد الشريعة في فقه المرافعات: المعاني والحكم ونحوها من الأهداف والغايات التي راعاها الشرع لتحقيق مصالح العباد في إجراءات المرافعة (٦).

والمقاصد الشرعية لفقه المرافعات وأصول وإجراءات التقاضي تتلخص بما يلي :

١- تحقيق الوصول إلى العدل ،والعدل تعيين الحق لصاحبه وتمكينه منه ،فالقضاء بالحق مقصد من مقاصد الشريعة ،وبالعدل قامت السماوات والأرض.

٢- ضبط إجراءات التقاضي وإتقانها،من كتابة الدعوى والإجابة،والدفوع والشهادات والآجال، والأحكام ؛ حتى لا تتعرض للجحود والنسيان ،واستيفاء القضية حظها من النظر والتثبت وتتبع وجوه الحق،واستقصاء الحجج والبينات،بقدر ما يستطيع القاضي ، فيخرج الحكم وقد استكمل واستوفى ما يجب له من كمال فيستحق التنفيذ .

---

(١)أبو الوفا ،أصول المحاكمات المدنية ،ص١٥ وما بعدها .
(٢)الشيباني، نيل المآرب ، ج٢،ص٤٥٢.
(٣)البهوتي ،كشاف القناع ،ج٦،ص٣٣٠.
(٤) خوري فارس ،أصول المحاكمات الحقوقية ،ص٢٠.
(٥)أبو البصل ،شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ،ص١٤٨.
(٦)آل خنين ،عبد الله بن محمد بن سعد ،(٢٠٠١).المدخل إلى فقه المرافعات،(ط١).الرياض:دار العاصمة للنشر والتوزيع،ص٨٩.

٣- التعجيل بالفصل في القضية بعد اتضاحها لما يحققه من مصالح،بانتفاع صاحب الحق بحقه واطمئنانه عليه ،وإزالة إثم الظلم عن المحكوم عليه،ورفع الأحقاد بين المتخاصمين،وإزالة الضغائن،ودفع التهمة عن القاضي؛ لأن في تأخير الحكم شبهة العجز أو محاباة الخصوم ، ويترتب على التأخير مفاسد،هي ضد تلك المصالح السابقة ، لهذا كان لا بد من تجنب التطويل في إجراءات الخصومة .

٤- قطع الخصومات،رفعاً للتهارج،ودفعاً للتقاتل،بإعادة الحقوق إلى أصحابها،ويصل صاحب الحق إلى حقه عن طرق الإجراءات المرسومة للتقاضي ،فيقتنع بما يصير إليه بهذا الطريق.

٥- التيسير ورفع الحرج ؛لأن في الحرج مشقة ،والمشقة غير المعتادة مرفوعة عن المكلف شرعا،فتيسير إجراءات التقاضي باختصارها قدر الإمكان،فيه حفظ لجهد القاضي والخصوم.

٦- منع مماطلة الخصوم ؛بهدف تأخير الفصل في القضية،بوضع الإجراءات التي تضمن ذلك، فيحرم على الخصم إطالة أمد النزاع،وتشعيب الخصومات من غير طلب حق،أو بالإكثار من طلب الإمهال،لغير غرض إلا إطالة أمد النزاع،أو بادعاء بينة يعرف أنها لا تصلح لإثبات الحق،أو يدفع بدفع يعرف أنه غير صحيح .

٧- منع التهمة عن القاضي صيانة له،وللحكم القضائي من الضعف أو الوهن،فلا يقضي لنفسه أو لأصوله أو لفروعه أو على عدوه ،ويسبب الحكم القضائي،ويساوي بين الخصوم في لفظه ولحظه ومجلسه .

٨- حفظ الحقوق المتنازع عليها في أثناء عملية سير الدعوى؛ حتى لا يتعرض الحق المتنازع عليه للهلاك أو التلف ،ومن ذلك الحجز على المتنازع عليه طيلة نظر الدعوى ، والمنع من التغيير فيه،والإذن بما يصلح المتنازع عليه فقط .(١)

وسيرة النبي -صلى الله عليه وسلم -في القضاء تدل على اعتباره لأصول وإجراءات التقاضي فقوله : "البينة على المدعي واليمين على من أنكر "(٢).

يبين النبي -صلى الله عليه وسلم- على من يقع عبء الإثبات،فلو وجه القاضي اليمين إلى المدعي،قبل سؤال المدعى عليه عن الدعوى،كان حكماً باطلاً ؛وذلك لأن المدعي صاحب البينة الضعيفة المرجوحة،والمدعى عليه صاحب البينة الراجحة ،فيكلف المدعي بالبينة ،فإذا عجز

---

(١) آل خنين ، المدخل إلى فقه المرافعات ،ص٨٩-١١٠.
(٢) سبق تخريجه،ص١٣٢ .

يوجه اليمين إلى المدعى عليه ،وهذا من أصول وإجراءات التقاضي،والحكمة في ذلك أن جانب المدعي ضعيف؛ لأنه يقول بخلاف الظاهر،فكلف الحجة القوية وهي البينة،فيقوى بها ضعف المدعي،وأما جانب المدعى عليه فهو قوي؛ لأن الأصل فراغ ذمته،فاكتفى منه باليمين،وهي حجة ضعيفة؛ لأن الحالف يجلب لنفسه النفع،ويدفع عنها الضر،فكان ذلك في غاية الحكمة .

كما أن الفقهاء قالوا :لا يجوز بناءً على هذا الحديث،أن نطلب من المدعى عليه اليمين،إلا إذا عجز المدعي عن البينة ،قال أبو حنيفة :"إن ثبوت الحق في اليمين،مرتب على العجز عن إقامة البينة " (١) ؛لأن اليمين بدل عن البينة ،والبدل إنما يصار إليه عند عدم الأصل (٢) .

وخالف الشافعية فقالوا:إن قال لي بنية حاضرة،ولكني أريد أن أحلفه حلفه؛لأنه قد يكون له غرض في إحلافه،بان يتورع عن اليمين فيقر،وإثبات الحق بالإقرار،أقوى وأسهل من إثباته بالبينة (٣) .

ووافقهم أبو يوسف في أن الحديث الشريف لا يدل على أن يكون اليمين حق المدعي، عند العجز عن البينة إلا بطريق مفهوم المخالفة،وهو ليس بحجة عندنا،فكيف يتم الاستدلال به في مقابلة عموم الحديث الشريف .

أما الحنابلة وأبو يوسف فقالوا بالتفريق بين البينة الحاضرة في المجلس،والبينة البعيدة ،فإذا لم تكن البينة حاضرة في مجلس الحكم،فللمدعي غرض صحيح في الاستحلاف،وهو أن يقصر المسافة والمؤنه عليه بإقرار المدعى عليه،أو بنكوله عن اليمين،فيتوصل إلى حقه في الحال،فكان له حق اليمين بخلاف ما إذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم،فإن هذا الغرض من قصر المسافة ونحوه لا يحصل بإقامة البينة الحاضرة،فلم يبق له غرض صحيح في الاستحلاف (٤) .

والراجح قول الحنابلة وأبو يوسف حيث أن المدعي إذا كان له غرض صحيح في الاستحلاف ،كان له ذلك ،كما أن طلب المدعي تحليف الخصم يعني التزام بما سيترتب على هذا الإجراء وقبوله به ،فإذا حلف المدعى عليه ،فصلت الخصومة ،ولا يكون له الحق في إقامة البينة بعد التحليف، وستأتي المسألة في بطلان الحكم لخلل في تحليف اليمين .

---

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير ،ج٧،ص١٦٠.
(٢) الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف ،ص٦٢.
(٣) –النووي ،المجموع ،ج٢٠،ص١٦٠.
–ابن حجر ،تحفة المحتاج،ج٤ ،ص٣٧٠. نفس المعنى والعلة .
(٤) –ابن الهمام ،شرح فتح القدير ،ج٧،ص١٦١.وقول محمد مضطرب فنقل عنه أنه مع أبي يوسف ونقل عنه أنه مع أبي حنيفة .
– الحسام الشهيد ،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٦٢.
– البهوتي ،كشاف القناع ،ج٦،ص٣٤٠.

والحديث وكلام الفقهاء فيه يدل على اعتبار أصول وإجراءات التقاضي،وعلى وجوب الالتزام بها،وما الخلاف السابق إلا دليل على أهمية فهم الأصول الواردة في الحديث ،ووجوب الالتزام بها في التقاضي،بالإضافة إلى المصالح والمقاصد الشرعية السابقة الذكر في أهمية أصول وإجراءات التقاضي .

وأي طريق أو إجراء أو عمل يوصل إلى مقصود الشرع والمصالح التي يراد تحقيقها،فهو مقصود لذاته،وهذا ما أكده ابن القيم بقوله : "إن الله أرسل رسله،وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي قامت به السماوات والأرض ، فإذا ظهرت أمارات الحق ، وقامت أدلة العقل ، وأسفر صبحه بأي طريق كان ، فثم شرع الله ودينه ورضاه وأمره ، والله تعالى لم يحصر طرق العدل وأدلته وأماراته في نوع واحد،وأبطل غيره من الطرق التي هي أقوى منه وأدل وأظهر ، بل بين مما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة الحق والعدل ، وقيام الناس بالقسط ، فأي طريقة استخرج بها الحق ومعرفة العدل وجب الحكم بموجبها ومقتضاها ، والطرق والأسباب وسائل لا ترد لذواتها ، وإنما المراد غايتها التي هي المقاصد ، ولكن نبه بما شرعهُ من الطرق على أسبابها وأمثالها ، ولن تجد طريقاً من الطرق المثبتة للحق،إلا وهي شرعة وسبيل للدلالة عليها ، وهل يظن بالشريعة الكاملة خلاف ذلك ؟ "(١) .

ولا بد من وجود هذه الأصول عند المسلمين وعند غيرهم،فلا يصلح أن يسير القضاء بشكل غير منظم أو عشوائي،فلا بدّ له من أصول ومراسم يسير عليها القضاء؛ صيانة للحقوق وحفظاً لهيبة القضاء وتحقيقاً للعدل،وقد نقل فارس خوري مقولة عن نابليون تؤكد ضرورة وجود أصول وإجراءات للتقاضي ،ونصها " لا مندوحة عن الأصول والمراسم في المحاكمات، لصيانة حقوق الغرماء ،ولا يوجد عندي موضع للقضاء الكيفي الاحتياطي"(٢).

والإسلام دين النظام والترتيب،فقد استنبط الفقهاء قيوداً على القاضي في ملبسه ومأكله،واختلاطه بالناس،وقبوله الهدية،وحضوره الجنائز،وتدخلوا في أدق تفاصيل حياته؛ حفظا لهيبته وهيبة القضاء الذي يمثله ،وقد سبق وأن أشرت إلى ذلك في مبحث شروط القاضي ، وفقهاء المسلمين اهتموا بهيبة القضاء ومجلسه،منذ العصور الأولى من تخصيص مكان معين في البلد أو الجهة، يحضر فيه القاضي والمتقاضون،وتقام الدعوى أمامه بحيث لا يتعداه ،ولا عبرة للأحكام التي يصدرها خارج مكان ولايته ،ويعتبر معزولاً عن نظر القضايا في غير مجلسه ، وقد عرف الفقه الإسلامي فكرة تقييد القاضي بأيام خاصة في الأسبوع يقام فيها مجلس

---

(١) ابن قيم الجوزية ، إعلام الموقعين ، ج٤،ص٣٧٣.
(٢) فارس خوري ،أصول المحاكمات الحقوقية ،ص٢١.

القـضاء،وتنظر الـدعاوى، وعـرف فقهـاء المسلمين الاختصاص المكاني والزماني والقيمي والشخصي .(١) وسيأتي ذلك تفصيلاً فيما يتعلق بالاختصاص في هذا الفصل،وأصول إجراءات التقاضـي الأصـل فيها أنها وضعت لخدمة الناس،والتسهيل عليهم و تحقيق مصالحهم ،وهذا لا يكـون بالـشكلية المحضة والإجراءات المعقدة،التي تجعل القضية بين أروقة وساحات المحاكم سـنوات طوال،فطـول الإجراءات وتعقيدها قد يلجئ أصحاب الحقوق أحيانا إلى تركها،حتى لا يدخلـوا فـي هـذه المـتاهات، فمـن العدل وضع الإجراءات والأصول التي تسرع في فصل الخصومات .

ولهذا كان مما يعاب على قوانين أصول المحاكمات وإجراءات التقاضي ما يلي :

١- إطالـة أمـد المرافعة ،فبعض الدعاوى تستمر بالغدو والرواح في المحاكم سنين كثيرة،حتى تـتوارثها الأجـيال جـيلاً عن جيل ،وكم من القضايا يموت فيها الغرماء،قبل الوصول إلى نتيجة .

٢- تأخيـر الحق عن صاحبه زمناً طويلاً،فالمدعي تشوق إلى نتيجة دعواه،فإن طال عليه بلوغ تلك الغاية،قد تكون زالت الحاجة التي كان يسعى لسدها بهذا الحق .

٣- عجز الخصوم عن إدراك هذه الأصول والمراسم،التي أصبحت فناً عميق الأغوار،لا يدركه إلا أهـل الفن،المنقطعون إلى دراسته والاشتغال فيه،حتى صارت المرافعة حرفة،لا يستطيع القيام بها إلا أهل الاختصاص من المحامين .

٤- جـسامة الـنفقات القضائية التي أوجبتها هذه الأصول،من رسوم الدعوى والتبليغ والإعلام وأجـور المحامين والخبراء والغرامات والطوابع،مما قد يعجز صاحب الحق عن الوصول إلى حقه،وتكون هذه النفقات هي الحائل .

٥- ضـياع الحق بالتمسك بالشروط الشكلية،التي أوجدتها أصول وإجراءات التقاضي في بعض الأحيان .

فـإذا تجـاوز المدعي المهلة المحددة أو لم يستوفِ القالب القانوني لدعواه ،فقد يكون ذلك سبباً لخسران الدعوى وضياع الحق .(٢)

---

(١) مدكور ،القضاء في الإسلام ،ص٥٢.
(٢)خوري ،أصول المحاكمات الحقوقية ،ص٢٢-٢٥.

وأصول التقاضي وإجراءاته،الأصل أن لا تمس أصل الحق بطريق مباشر،وإنما تنصرف مهمتها إلى مجرد رسم السبيل الواجب اتخاذه،والأوضاع التي تلزم مراعاتها عند الالتجاء إلى القضاء،وترشد القضاء إلى كيفية الفصل في الخصومات،فلا تمس أصل الحق بطريق مباشر ،ما لم ينص القانون على أن إجراء ما يترتب على تركه آثار تتصل بأصل الحق،وقد تمس هذه الأصول الحق بطريق غير مباشر،فتؤدي إلى الإبقاء عليه أو إلى زواله،كما في سقوط الحق بالتقادم ،وذلك بوقف السير في المطالبة القضائية المدة المسقطة لأصل الحق . (١)

ومن المعروف أن المصالح الدنيوية،لا تكون مصالح محضة،بل لا بد أن تكون هذه المصالح مشوبة ببعض المفاسد،من حيث مواقع الوجود ،والمصالح والمفاسد الراجعة إلى الدنيا إنما تفهم على مقتضى ما غلب،فإذا كان الغالب جهة المصلحة،فهي المصلحة المعتبرة عرفا،وإذا غلبت الجهة الأخرى فهي المفسدة المعتبرة عرفاً .

ومقصد الشرع يرتبط بالمصلحة عند مناظرتها مع المفسدة،فهي المقصودة شرعاً ،ووجود المفسدة المرجوحه لا يلغي تلك المصلحة ،فلم يخلص في الدنيا لأحد جهة خالية من شركة الجهة الأخرى .(٢)

وبالنظر إلى المصالح المتحققة من وجود أصول وإجراءات للتقاضي يجب اتباعها والعمل بها فلا عبرة بهذه المفاسد .

ونسعى في وضع الإجراءات والأصول،التي تحقق المصلحة،وتسهل على الناس قدر الإمكان .

ويمكن تبسيط إجراءات التقاضي،والحد من تعقيداتها بأمور منها :

١- لزوم اتسام الإجراءات القضائية بالمرونة،وعدم المبالغة في تعقيدها،وإطالة أمدها بحجة تحقيق العدل والمساواة .

٢- اعتبار الشكل وسيلة لا غاية ،فإذا تحققت الغاية المقصودة من الإجراء،فلا مبرر لإبطاله بحجة عدم إتباع الشكل المطلوب.

٣- تقسيم العمل في المحاكم،وتخفيف عبء المحاكم ذات القضايا الكثيرة،وزيادة عدد القضاة فيها، وتكليف موظفين بالتوثيقات والعقود من غير الهيئة القضائية وعدم شغل القضاة بها .

٤- عدم إعطاء فرصة للمتنازعين لإطالة أمد النزاع،والسرعة في البت في الدعاوى؛ حتى لا يمل الخصوم،فتكون المماطلة وسيلة لكسب القضية .(٣)

---

(١)أبو الوفا ،أصول المحاكمات المدنية ،ص٢٣.
(٢)الشاطبي ،الموافقات،ج٢،ص٤٤.
(٣) أبو البصل ،أصول المحاكمات الشرعية ،ص١٤٩.

وفي هذا المبحث لن نفصل بين الفقه والقانون،فكل أصول وإجراءات التقاضي المقصود بها تنظيم القضاء،وحفظ هيبته وحسم النزاعات والخصومات،والتسهيل على الناس قدر الإمكان،فهو مقصود في الشريعة ،وكل إجراء يؤدي إلى عرقلة سير المحاكمات،ويطيل أمدها ،ويجعل أصحاب الحقوق يملون من متابعتها ،فهو غير مقبول في شريعتنا،ولا ينسجم مع مقاصدها، وتطور هذه الإجراءات مرتبط بفساد الناس وصلاحهم،فالاحتياطات اللازمة في إجراءات التقاضي في حال فساد الناس،أكثر من الإجراءات اللازمة في حال صلاحهم،ومما يؤكد ذلك :

١- عدم اشتراط أبي حنيفة إثبات عدالة الشهود ،ومخالفة الصاحبين له في ذلك، وعلل من بعدهم هذا الاختلاف في إجراءات قبول شهادة الشاهد،باختلاف الزمان من حيث الفساد والصلاح،فقالوا :"الفتوى على قولهما،لاختلاف حال الزمان ،ولذلك قالوا هذا الخلاف خلاف زمان،لا حجة وبرهان ؛وذلك لأن الغالب في زمان أبي حنيفة الصلاح،بخلاف زمانهما ".(١)

٢- تغليظ الإجراءات وتشديدها إذا تغير حال الناس،واستحداث القضاة إجراءات تتناسب مع هذا الحال ،فقد بلغ عمر بن عبد العزيز،أن بعض قضاته،قضى بتحليف اليمين على المصحف، فقال: "تحدث للناس أقضيه بقدر ما أحدثوا من فجور،أي الكذب ،والمعنى أن القضاة يستنبطون لأهل الخصومات أحكاما بقدر أحداثهم الظلم والفجور؛ كي تكون رادعة لهم ،ومن ذلك تحليف العامة على المصحف "(٢) .

ومن الطبيعي أن الإجراءات المطلوبة في تنظيم التقاضي في زمن صلح فيه الناس،تختلف عن الإجراءات المطلوبة في حال فسادهم،كما أن الإجراءات المطلوبة في تنظيم إجراءات التقاضي تتطور بازدياد أعداد الناس،وتباعد مساكنهم، واختلاف معاملاتهم،ووسائل اتصالهم، وما يجد عليهم من تطورات،والشريعة الإسلامية قادرة على مواكبة هذه التطورات، والتغييرات بتشريعاتها وكلياتها .

وسنبحث هذا الموضوع بتتبع إجراءات المحاكمة،من رفع الدعوى إلى إصدار الحكم الفاصل في موضوعها،وهذه الإجراءات الواردة في الأصول المدنية أو الشرعية،على حدٍ سواء، لولي الأمر الحق في وضع الأصول والإجراءات المناسبة للتقاضي،لما تقدم من مشروعية هذه الأصول ،كما أن له الحق في تطويرها حسب مستجدات كل عصر وزمان ،على أن تراعي مقاصدها من تحقيق العدالة،والتسهيل على الناس،والبعد عن الإغراق في الشكلية التي تطيل أمد

---

(١) ابن الهمام ،شرح فتح القدير ،ج٦،ص٤٥٨.
(٢) الجعلي ،سراج السالك ،ج٢،ص٢٠٢.

التقاضي ،وسأقتصر في دراسة هذه الإجراءات على قانون أصول المحاكمات الشرعية،رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩ مع تعديلاته الصادرة بقانون مؤقت رقم ٨٤ سنة٢٠٠١،بالإضافة إلى قانون أصول المحاكمات المدنية، رقم٢٤ الصادر سنة ١٩٨٨م،وقانون مؤقت رقم٢٦ لسنة ٢٠٠٢ المعدل لقانون أصول المحاكمات المدنية،والاستعانة في إثرائها بكتب القانون الأخرى عند الحاجة،وإثراء بعض هذه الأصول ببعض نصوص الفقهاء الدالة على وجود هذا الإجراء عندهم قديماً، في حالة توفر هذه النصوص ،وفي حالة عدم توافر النصوص فهذه الإجراءات تتوسع بحسب الحاجة وأعداد الناس،والإسلام بقواعده وكلياته لا يعارضها ،بل يحث على اتخاذ كل الوسائل والإجراءات التي تسهل على الناس وتعينهم في حل نزاعاتهم وخصوماتهم ،فلا يتصور قصر الحق في التقاضي على من يحسن تقديم الدعوى بشروطها ،فكل شخص له الحق في أن يلجأ إلى القضاء،ليعرض عليه الخصومة ،وبعد عرض الدعوى،إن كان المدعي قد استكمل شروط تقديمها قبلت ،وإن كانت غير مستكملة للشروط الواجب توافرها في لائحة الدعوى يحكم بردها ؛ وذلك لبطلان لائحة الدعوى غير المستكملة للشروط الواجب توافرها فيها .(١)

ولم يكن الأمر في العصور المتقدمة كذلك،فقد كان المدعي يقدم دعواه مشافهة أمام القاضي،فينظر فيها القاضي مشافهة كذلك،من غير أن يكتب،وكان هذا الأمر عسيراً،سيما مع ازدياد الناس وتغير أحوالهم ،وفي ذلك يقول الحسام الشهيد في شرحه لأدب القاضي للخصاف :"في الابتداء كانوا لا يثبتون المحاضر،لكن المدعي يدعي عن ظهر قلب،ويجيبه الخصم،فيحفظ القاضي ذلك،ويقضي من غير أن يكتب ذلك في صحيفة ،وكان ذلك عسيراً فأحدث ابن شبرمة ذلك،وهو كتابة المحاضر والدعوى ليكون أسهل،والقضاة في زماننا هذا عليه، ولم يتركه أحد بعده "(٢).

وعليه الحال في زماننا،فلا تقبل المحاكم على اختلاف اختصاصها الدعوى إلا مكتوبة بلائحة ، ووضعوا شروطاً لهذه اللائحة ،فقد نصت المادة الثامنة والثلاثون والتاسعة والثلاثون والحادية والأربعون من أصول المحاكمات الشرعية على اشتراط :

١- أن تكون اللائحة مكتوبة بالحبر بخط واضح أو بالآلة الكاتبة .

٢- أن تكون على ورق أبيض من القطع الكامل.

٣- أن لا يستعمل من الورقة إلا صفحة واحدة مع ترك هامش فيها.

---

(١) أبو الوفا،نظرية الدفوع في قانون المرافعات ،ص٧٩٩.

(٢) الحسام الشهيد ،شرح أدب القاضي للخصاف ،ص٤٨٧.

٤- الاقتصار في اللائحة على بيان موجز للوقائع المادية،التي يستند إليها أي من الخصوم في إثبات دعواه،أو دفعه حسب مقتضى الحال .

٥- ينبغي إدارج نصوص المستند المحتوي على أدلة جوهرية في اللائحة أو إلحاقه بها .(١)

وقد أجملت المادة الحادية عشرة والمادة الثانية عشرة من أصول المحاكمات الشرعية،محتويات اللائحة بأن تكون مشتملة،على اسم كل من الفرقاء وشهرته ومحل إقامته،وعلى الادعاء والبينات التي يستند إليها بالإضافة إلى دفع الرسم المطلوب لهذا لادعاء (٢) ،وقد فصلت المادتان السادسة والخمسون والسابعة والخمسون من أصول المحاكمات المدنية هذه المحتويات بما يلي :

١- اسم المحكمة المرفوع أمامها الدعوى .

٢- اسم المدعي الكامل ومهنته أو وظيفته،ومحل عمله وموطنه،وإسم من يمثله بالكامل،أو مهنته أو وظيفته،ومحل عمله وموطنه .

٣- أ- اسم المدعي عليه بالكامل ومهنته أو وظيفته ومحل عمله وموطنه واسم من يمثله بالكامل أو مهنته أو وظيفته ومحل عمله .

ب- فإن لم يكن للمدعي عليه،أو من يمثله محل عمل أو موطن معلوم،فآخر محل عمل أو موطن أو محل إقامة كان له .

٤- تعيين موطن مختار للمدعي في الأدرن،إن لم يكن له موطن فيها ،وفق أحكام المادة التاسعة عشرة من هذا القانون .

٥- موضوع الدعوى .

٦- وقائع الدعوى وأسانيدها وطلبات المدعي .

٧- توقيع المدعي أو وكيله .

٨- تاريخ تحرير الدعوى .

ونصت المادة السابعة والخمسون على أن يرفع مع اللائحة ما يلي :

حافظة المستندات المؤيدة لدعواه،مع قائمة بمفردات هذه الحافظة .

١- قائمة ببيناته الخطية الموجودة تحت يد الغير.

٢- قائمة بأسماء شهوده وعناوينهم الكاملة،والوقائع التي يرغب في إثباتها بالبينة الشخصية،لكل شاهد على حده .

---

(١)الظاهر ،التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ،ص٧٥.
(٢)الظاهر ،التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ،ص٦٦.

٣- يجب على المدعي أو وكيله،أن يوقع على كل وثيقة من الأوراق الموجودة ضمن حافظة مستنداته.

٤- بعد أن يستوفي الرسوم،يقيد قلم المحكمة لائحة الدعوى في اليوم نفسه،في سجل الدعاوى برقم متسلسل،وفقاً لأسبقية تقديمها،ويوضع عليها وعلى ما يرافقها من أوراق خاتم المحكمة، ويذكر أمام الرقم تاريخ القيد ببيان اليوم والشهر والسنة،ويؤشر بكل ذلك على صورة اللائحة . (١)

وهـذه المحـتويات والبـيانات كما نص القانون يجب توافرها في اللائحة ،وتاريخ بدء الدعوى يعتبـر من استيفاء الرسم،كما تقدم في المادة الثانية عشرة من أصول المحاكمات الشرعية "يعتبر مبدأ الدعوى من تاريخ استيفاء الرسم " والقاضي لا يحول لائحة الدعوى لاستيفاء الرسم إلا بعد الـتحقق مـن اشتمالها على البيانات والمرفقات المطلوبة فيها، فالقاضي إذا وجد فيها نقصان أو خلـل ، يأمر المدعي بإكماله ،فإذا جهز المطلوب حولها إلى استيفاء الرسم ،وإذا نقص شيء من المحـتويات والبـيانات المطلوبة في لائحة الدعوى ،لا يعتبر سبباً في بطلان الحكم، وإنما يلفت نظـر المحكمة لذلك ،ويعتبر مأخذاً عليها ، فمثلاً إذا لم يكن الورق من القطع الكامل،لا يستوجب نقـض الحكـم ،وإنما كما أسلفت ،تنبه المحكمة ويلفت نظرها لذلك ، ويصدق الحكم .أما أسباب بطلان الحكم لخلل في أصول إجراءات التقاضي ،فقد بينته في المباحث التالية :

---

(١) قانون أصول المحاكمات القانون المؤقت رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٢ معدل لقانون أصول المحاكمات المدنية ٢٤ لسنة ١٩٨٨.

الأخوة أو الأخوات، ممن يدل ظاهره على أنه بلغ أو أتمّ الثامنة عشرة من عمره،على أن لا تكون مصلحة المطلوب تبليغه متعارضة مع مصلحتهم .

٦- إذا لم يجد المحضر من يبلغه،أو امتنع من وجده عن التبليغ، يلصق نسخة من الورقة القضائية المراد تبليغها على الباب الخارجي،أو على جانب ظاهر للعيان،من المكان الذي يقع في موطنه المطلوب تبليغه أو عمله،بحضور شاهد على الأقل ،ثم يعيد نسخة من ورقة التبليغ إلى المحكمة،مع شرح واقع الحال ،وإذا كان هنالك مستندات يسجل على الورقة التي قام بإلصاقها ضرورة مراجعة قلم المحكمة ؛لتسلم هذه المستندات ويعتبر هذا تبليغاً قانونياً .

٧- تبليغ القاصر أو فاقد الأهلية يكون بتبليغ وليه أو وصيه .

٨- تبليغ الشهود يكون وفق نفس الإجراءات السابقة .

ويعتبر التبليغ منتجاً لأثاره،من وقت توقيع المطلوب تبليغه على ورقة التبليغ،أو من وقت امتناعه عن التوقيع عليها.

ويترتب على عدم الالتزام بالأحكام الخاصة بالتبليغ وإجراءاته،وعدم مراعاة مواعيده وشروطه المنصوص عليها فيما تقدم،بطلان التبليغ ومن ثم الطعن بالحكم الصادر بتبليغ باطل،باعتباره حكماً باطلاً ،إلا إذا حضر المطلوب تبليغه،فيعتبر الحكم صحيحاً؛وذلك لأن الغرض من إجراء التبليغ وهو حضور المراد تبليغه قد تحقق،والإجراء وضع لتحقيق غرض معين ،فإذا تحقق هذا الغرض والهدف المراد،لا يطعن بالحكم بسببه،فالإجراء ليس مقصوداً لذاته.

وهذا يتفق مع مقاصد الشريعة في القضاء من تحقيق العدالة والمساواة بين الخصوم ، وإعطائهم الفرصة في حق الدفاع عن أنفسهم ،وذلك بتبليغهم تبليغاً صحيحاً ؛ليتمكنوا من المثول أمام القضاء والمواجهة .

-المبحث الثاني: بطلان الحكم لعدم صحة التوكيل بالخصومة :

تبدأ الدعوى بتقديم المدعي لائحة الدعوى،وتبليغ المدعى عليه بهذه اللائحة ،فإذا جاء الموعد المحدد لنظر الدعوى،إما أن يحضر الخصوم بذاتهم أو بوكلاء عنهم،والوكالة بالخصومة جائزة شرعاً ، فقد ورد عن عبد الله بن جعفر –رضي الله عنهما- أن علياً –رضي الله عنه- كان لا يحضر الخصومة ،وكان يعلل ذلك بأنه يحضرها الشيطان،فجعل الخصومة إلى عقيل فلما كَبُر ورَقّ، حولها إلي ،فقال علي رضي الله عنه :"ما قضي لوكيلي فهو لي ،وما قضي على وكيلي فهو عليّ ".

ويستفاد من هذا الأثر أن التوكيل بالخصومة جائز،فقد وكل علي –رضي الله عنه- عقيلاً بالخصومة،ثم وكل من بعده عبد الله بن جعفر ،كما أن زوج فاطمة بنت قيس لما طلقها،وكلّ أخاه بنفقتها،وخرج إلى اليمن،فخاصمته إلى رسول الله –صلى الله عليه وسلم-،فلم يجعل لها النفقة ولا السكنى لأنها مطلقة ثلاثا،فالحديث دليل على جواز التوكيل(١).

ومع دقة أصول وإجراءات التقاضي في زماننا،والتي لا يدركها إلا أهل الاختصاص،ولا يستطيع من لا علم له بالقضاء،ومعرفة بهذه الأصول وفهمها ودراستها، رفع الدعوى أو الإجابة عليها،فالوكالة بالخصومة ضرورة،لا بد منها في هذا الزمان،سيما في بعض القضايا،التي تكثر فيها الحجج والبينات،وإجابة الخصم بدفوع مختلفة ،وقد أشار إلى هذا المعنى في كتاب الهداية،فقال :"وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق،بما قدمنا من الحاجة فإنه ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومات،التي يثبت بها حقه أو يندفع بها عنه ما يدعيه الآخر "(٢) .

وقد اشترط القانون على القاضي قبل مباشرة المحاكمة التحقق من صحة الوكالة ،وقد جاء في أصول المحاكمات المدنية،في المادة الثالثة والستين أنه يجب على الوكيل،أن يثبت وكالته عن موكله بسند رسمي،إذا كانت وكالته عامة،وإذا كانت وكالته خاصة وجب أن يكون مصدقاً على توقيع الموكل،و في المادة الخامسة والستين "أن هذا التوكيل يخول الوكيل سلطة القيام

---

(١) -الحسام شهيد ،شرح أدب القاضي للخصاف ،ص٤٢٩.
-الميرغناني،الهداية شرح البداية،ج٦،ص٥٥٧.
والحديث أخرجه مسلم في كتاب الطلاق ،باب المطلقة البائن لا نفقة لها ، مسلم،صحيح مسلم بشرح النووي،ج١٠،ص٩٤.

(٢) ابن الهمام ،شرح فتح القدير ،ج٦،ص٥٥٧.

بالأعمال والإجراءات اللازمة،لرفع الدعوى ومتابعتها أو الدفاع عن موكله،إلى أن يصدر الحكم في الموضوع في درجة التقاضي،التي وكل فيها وتبلغ هذا الحكم".

وعليه فإذا كانت الوكالة غير صحيحة،وسار الوكيل بالدعوى،بموجب هذه الوكالة فإن الحكم الصادر يكون باطلاً ومردوداً ،فيجب على القاضي أن يتحقق من صحة الوكالة قبل السير في الدعوى .

ولا يقبل التوكيل بالخصومة إلا للمحامي المسجل في جداول النقابة،ولا يسمح للخصم بالمرافعة في دعواه الخاصة لدى محاكم البداية والاستئناف،إلا إذا كان مقتدراً على ذلك،وإذا آنست المحكمة فيه العجز،تجبره على توكيل محام للمرافعة في القضية ،أما لدى محاكم الصلح والمحاكم الشرعية،فلا سبيل لهذا الإجبار . (١)

وقد اشترط الفقهاء أن تكون الوكالة مكتوبة في الوكالة بالخصومة وبعقد،ووضعوا له صيغة ومن ذلك:

"ويكتب في الوكالة المخصوصة عقد،وكل فلان فلاناً على طلب حقوقه واستخراج منافعه، وقبض ما يجب له قبضه والإبراء بعده،والتكلم بالإقرار والإنكار والمرافعة إلى الحكام "(٢).

إلا أن المادة السادسة من قانون المحامين الشرعيين ،رقم (١٢) لسنة ١٩٥٢ المنشور في رقم ١١٠١ مـــن الجريدة الرسمية ،على أنه يجوز توكيل بعض الأشخاص استثناءً بإذن من المحكمة من غير المحامين ،وهم:

١-الزوج .

٢-أحد الأصول أو الفروع.

٣-الصديق .

واشترطت المادة على الموكل شرطين :

الأول: أن لا يكون هذا التوكيل مقابل أجرة .

الثاني: أن لا يعتاد ممارسة هذا العمل .(٣)

---

(١) خوري ،أصول المحاكمات الحقوقية .ص٢٩١.

(٢) الكناني،عبد الله بن سلمون.(٧٦٨هـ)العقد المنظم للحكام المطبوع بحاشية تبصرة الحكام لابن فرحون،ط١،م ٢،دار الكتب العلمية،بيروت،١٣٠١هـ،ج٢،ص٢٣٥.

(٣) الظاهر ،التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ،ص١٩٢.

-المبحث الثالث:بطلان الحكم لمخالفته قواعد الاختصاص :

يقوم الاختصاص القضائي على أساس توزيع القضايا والمنازعات والدعاوى على عدد من المحاكم،بحيث تختص كل محكمة بنوع من أنواع معينة من المنازعات والقضايا،ويكون الاختصاص القضائي في كل نوع من أنواع المحاكم،على الزمان أو على المكان أو على أنواع الحقوق المتنازع فيها،وهو ما يعرف بالاختصاص المكاني والاختصاص الزماني والاختصاص النوعي ،وتقوم فكرة الاختصاص في أصلها،على تعدد المحاكم في البلد الواحد والزمان الواحد، لتتعاون في أداء الوظيفة القضائية،وتحقيق أهدافها ، والأصل في الاختصاص القضائي أن القاضي نائب ووكيل عن الإمام،فيلتزم بما طلب منه النظر فيه ولا يتعداه إلى غيره .(١)

وتعتبر قواعد الاختصاص والتنظيم القضائي متعلقة بالنظام العام،وهي تنظم مرفقاً عاماً من مرافق الدولة هو مرفق القضاء،ولهذا فإن الحكم الذي يصدر عن محكمة مشكلة تشكيلاً غير صحيح،أو من شخص ليس لديه السلطة في إصداره،يكون باطلاً بطلاناً يتعلق بالنظام العام.(٢)

وفكرة النظام العام تكسب قواعد الاختصاص أهمية تفوق أهمية باقي أصول وإجراءات التقاضي،مع أن فقهاء القانون حاولوا وضع تعريف لفكرة النظام العام،ولكنهم لم يصلوا إلى صيغة ؛وذلك لأن فكرةَ النظام العام فكرة مرنة بطبيعتها غير قابلة للتحديد .(٣)

و من الممكن إرجاع فكرة النظام العام إلى فكرة حق الله عز وجل ،"والمراد بحق الله عز وجل: ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاصٍ بأحد ،فينسب إلى الله تعالى ؛لعظم خطره وشمول نفعه وإلا فباعتبار التخليق ،الكل سواء في الإضافة إلى الله تعالى ،ولله ما في السماوات وما في الأرض ،وباعتبار التضرر أو الانتفاع ،هو متعالٍ عن الكل" .(٤)

فحق الله جملة الحقوق والأنظمة التي تجسد المصلحة العامة ،وهي مما يدخل ولو جزئياً في مفهوم حق الله ، فحق الله شامل للمنافع والمصالح التي تعم المجموع ،ويدخل تخصيص هذه المصالح في صلاحية الإمام المسلم دخولاً أولياً ،حيث اختارته الجماعة المسلمة في تحقيق مصالحها الدنيوية ، فإذا رأى الحاكم المسلم ارتباط تحقيق العدالة بهذه التنظيمات والتدابير ،كانت من حقوق الله عز وجل ،ودخلت في مفهوم النظام العام بالمصطلح القانوني .

وفكرة النظام العام هي إحدى الأفكار المتعلقة بالعلوم الاجتماعية،سواء كانت فلسفية أو اجتماعية أو منطقية أو أخلاقية أو قانونية،وهي فكرة عامة ذات تطبيقات نوعية

---

(١)والي ،نظرية البطلان في قانون المرافعات ،ص٤٨٨.
(٢)الزحيلي ،التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي ،ص١٣٦.
(٣)والي ،نظرية البطلان في قانون المرافعات ،ص٤٨٥.
(٤)التفتازاني ،شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه ،ج٢،ص١٥١.

ووظائف متعددة،وهي فكرة تستعصي على الجمود والثبات،ذات مضمون متغير بتغير الزمان والمكان.(١)

وفكرة الاختصاص موجودة عند الفقهاء قديماً(٢)،والدفع بعدم الاختصاص:"هو دفع يثار بهدف منع المحكمة من الفصل في الدعوى؛لكون المحكمة غير مختصة بنظرها طبقاً لقواعد الاختصاص والهدف من قواعد الاختصاص،تحقيق مصلحة الخصوم وضمان حسن سير العدالة،ووضع ضوابط تنظم ولاية كل نوع من أنواع المحاكم القضائية،وتوجه الخصوم إلى المحكمة التي يجب أن يختصموا إليها،ومخالفة هذه القواعد يترتب عليه رد الدعوى شكلاً،قبل البحث بالموضوع".(٣)

ويكون الحكم القضائي باطلاً ؛لمخالفته قواعد الاختصاص في الحالات التالية:

-**أولاً:إذا خالف الاختصاص الوظيفي أو الموضوعي**:فيجوز للإمام أن يحدد القاضي بالنظر في جانب معين من القضاء،فيكون له النظر فيما ولي به،وإن حكم في غير ما ولي به فحكمه باطل.

- **ومن نصوص العلماء الدالة على اعتبار الاختصاص الوظيفي ،وعدم جواز مخالفته :**

-"القضاء مظهر لا مثبت،لأن الحق المحكوم به كان ثابتاً،والقضاء أظهره،ويتخصص بزمان ومكان وخصومة "(٤)، فأشار النص إلى الاختصاص بأنواعه الزماني والمكاني .

والمراد بالخصومة في القول المتقدم الاختصاص الموضوعي .

"إذا حكم فيما ليس له من الأحكام نقض حكمه" .(٥)

- وقد وضع الماوردي في كتابه أدب القاضي عنواناً"النظر الخاص أو تحديد سلطات القاضي" "فأما النظر الخاص :فهو أن يقلد النظر في المداينات دون المناكح،والحكم بالإقرار من غير سماع بينة،أو في نصاب مقدر من المال،لا يتجاوزه فهذا جائز ،ويكون مقصور النظر على ما قلد،و لم يزل الأمراء عندنا بالبصرة برهة من الدهر،يستقضون على المسجد الجامع قاضياً يسمونه قاضي المسجد،يحكم في مائتي درهم وعشرين ديناراً فما دونها،ويفرض النفقات ولا يتعدى بها موضعه ولا ما قدر له"(٦).فأجاز النص الاختصاص الموضوعي والاختصاص

---

(١)الشواربي ،الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية ،ص٥٢٦.
(٢)-ابن عابدين،رد المحتار،ج٥،ص٤١٩.
-الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٢٩٨.
-القرافي،الذخيرة،ج١٠،ص٣٤.
-الماوردي،أدب القاضي،ص١٧٣.
-ابن قدامة،المغني،ج٩،ص١٠٧.
(٣) ذياب ،صبحي علي ،(١٩٩٤)الدفوع الشكلية في الفقه لإسلامي والقانون ،ص٢١.
(٤)ابن عابدين ،حاشية ابن عابدين ،ج٥،ص٤١٩.
(٥)القرافي،الذخيرة،ج١٠،ص٣٧.
(٦)الماوردي ،أدب القاضي ، ص١٧٣.

القيمي ، ووجوب التزام القاضي بما حدده له الإمام،ولا يتعدى حدود اختصاصه التي حددها الإمام .

-"وإذا قلد النظر في المناكح جاز أن يحكم بجميع ما تعلق بها من صداق وفرض نفقة وسكنى وكسوة ويزوج الأيامي،ولا يحكم فيما بين الزوجين من المداينات،ويجوز أن يحكم بأجرة الرضاع،ولا يحكم بنفقة الأولاد ويحكم بنفقة خادم الزوجة"(١). وبين هذا النص إختصاص القاضي في النظر فيما حدده له الإمام وما تعلق به من ملحقات وقضايا.

-"و يجوز أن يولى قاضياً عموم النظر في خصوص العمل ،فيقلده النظر في جميع الأحكام في بلد بعينه،فينفذ حكمه فيمن سكنه ومن أتى إليه من غير سكانه،ويجوز أن يقلده خصوص النظر في عموم العمل،فيقول : جعلت إليكم الحكم في المداينات خاصة في جميع ولايتي ، ويجوز أن يجعل حكمه في قدر من المال نحو أن يقول :احكم في المائة فما دونها ،فلا ينفذ حكم في أكثر منها ".(٢) ،فأشار النص إلى جميع أنواع الاختصاص الموضوعي والمكاني والقيمي .

فالنصوص المتقدمة واضحة الدلالة على اعتبار الاختصاص الوظيفي والموضوعي في إجراءات وأصول التقاضي لأهميتها في تنظيم عملية التقاضي، فإذا حكم القاضي في مسألة خارجة عن حدود اختصاصه الوظيفي فحكمه باطلٌ ومردود .

-**ثانياً: إذا خالف الاختصاص الزماني** فيجوز للإمام أن يقيد القاضي بالحكم في زمان معين،فمثلاً إذا كان للقاضي أن يعقد مجلسه من الساعة الثامنة إلى الساعة الثالثة،كما هو الحال في زماننا،فعقد القاضي مجلسه الساعة الخامسة،وأصدر حكماً كان حكمه باطلاً ؛ لأنه في زمان خارج عن زمان ولايته،التي قيده بها ولي الأمر،ولو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة،فسمعها لم ينفذ حكمه ،والولاية تقبل التقييد والتعليق .

"ولو قال الإمام قلدتك النظر بين الخصوم في كل سبت جاز ،وكان مقصور النظر فيه ،فإذا خرج يوم السبت لم تزل ولايته قائمة لبقائها على أمثالها من الأيام ،وإن كان ممنوع النظر فيما عداه من الأيام "(٣) . "وهكذا الحكم إذا قلده النظر في شهر من السنة،فيكون مقصور الولاية على ذلك الشهر ليلاً ونهاراً لأن الشهر يجمعها ".(٤)فلا يجوز للقاضي أن يحكم خارج الزمان الذي حدده له ولي الأمر ،وإن فعل كان حكمه باطلاً ومردوداً ؛ لمخالفته الاختصاص الزماني.

---

(١) الماوردي ،أدب القاضي ،ص١٧٤.
(٢) ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص١٠٧.
(٣) الماوردي ، علي بن محمد بن حبيب ،(ت٤٥٠).الأحكام السلطانية(تحقيق عصام فارس ومحمد ابراهيم)، (ط١) ،١م،بيروت : المكتب الإسلامي ،١٩٩٦م. ص ٧٣-٧٤.
(٤) -الماوردي ،أدب القاضي ،ص١٦٥-١٦٦.
- القرافي،الذخيرة ،ج١٠،ص٣٤.

-ثالثاً: إذا خالف الاختصاص القيمي : ويجوز للإمام أن يحدد القاضي ويقيده في الحكم بقيمة معينة لا يتجاوزها ،فإذا قيد الإمام القاضي بقيمة معينة للدعاوى التي ينظر بها،وخالف القاضي ونظر في قضايا تتجاوز هذه القيمة،وأصدر حكماً فيها يكون باطلاً لمخالفته الاختصاص القيمي،وقد أخذ القانون بذلك ،فسمح لقاضي الصلح بالنظر في الدعاوى التي تقل قيمتها عن خمسة آلاف دينار، فإذا نظر القاضي في قضية تتجاوز ما حدده القانون وأصدر فيها حكماً كان باطلاً؛ لأنه خارج عن اختصاص القاضي .

"فأما النظر الخاص :فهو أن يقلد النظر في المداينات دون المناكح،والحكم بالإقرار من غير سماع بينة،أو في نصاب مقدر من المال،لا يتجاوزه فهذا جائز ،ويكون مقصور النظر على ما قلد"(١).

"إذا قلد النظر في نصاب مقدر بمائتي درهم ،فنظر فيها بين خصمين ،جاز أن ينظر بينهما ثانية بهذا القدر وثالثة" (٢).

فالنصوص السابقة تقيد القاضي في النظر بالدعاوى بحدود قيمية معينة ،ولا يجوز للقاضي أن يتعدى في النظر في دعاوى تزيد قيمتها عما حدده من ولاه القضاء،وهذا هو المعمول به في النظام القضائي المعاصر،حيث أن بعض القضاة تكون حدود ولايته النظر في القضايا التي لا تزيد قيمتها عن خمسمائة دينار مثلاً.

-رابعاً:إذا خالف الاختصاص الشخصي : ويتعلق بالحكم بين فئة معينة كمحاكم القضاء العسكري ومحكمة الشرطة ،فلا تنظر بين أشخاص ليس لهم هذه الصفة .

"لو كان أحدهما من أهل العسكر،والآخر من أهل البلد،فأراد العسكري أن يخاصمه إلى قاضي العسكر،فلا ولاية لقاضي العسكر،على غير الجندي "(٣) .

-خامساً:الاختصاص المكاني: يجوز لولي الأمر أن يخصص القاضي في القضاء بمكان معين،وليس له القضاء في غير موضع قضائه،وإذا قضى القاضي في غير موضع قضائه، فقوله كقول أي واحد من الرعية وحكمه باطل لا ينفذ .(٤)

---

(١)الماوردي ،أدب القاضي ، ص١٧٣.
(٢) المصدر نفسه ،ص١٧٤.
(٣) ابن عابدين ،رد المحتار ،ج٥،ص٥٤٢.
(٤)-الحسام الشهيد ،شرح أدب القاضي للخصاف ،ص٢٩٨ .
-ابن عابدين ،حاشية ابن عابدين ،ج٥،ص٤١٩ .
-القرافي ،الذخيرة،ج١٠،ص١١٨.

وهــذا الاختصاص يتبع المصلحة،إذ ليس له حدود مقررة أو تقدير في الشرع،وإنما مرجعه المصــلحة التــي يــراها ولي الأمر،ومراعاة الأحوال والأزمان والأماكن ،وقد يدخل في ولاية القضــاء فــي بعــض الأزمنة والأمكنة،ما لا يدخل في غيرها ،فالقضاء عملياً يقوم على توزيع الأعمــال القضائية على عدد من المحاكم والقضاة،في وقت واحد وفي مكان واحد،ويلزم القاضي في القضاء بم يختص به،بموجب كتاب تعيينه وتقليده ولا يتعداه .(١)

وقد أكد الفقهاء على أهمية الالتزام بالاختصاص في العمل القضائي وضرورة الالتزام فيما ولاه الإمام وولي الأمر ،ولا يجوز للقاضي تجاوز اختصاصه ،وإن فعل كان حكمه باطلاً؛ لأنه معزول عن النظر فيما لا يدخل تحت اختصاصه،وحكمه في هذه الحالة كحكم أي واحد من الرعية ،كما تقدم في نصوصهم .

قال القرافي: "القضاء من القاضي بغير عمله لا تتناوله الولاية،لأن صحة التصرف إنما تستفاد من عقد الولاية،وعقد الولاية إنما يتناول منصباً معيناً،وبلداً معيناً،فكان معزولاً عما عداه،لا ينفذ حكمه".(٢)

---

(١) الزحيلي ،التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي ،ص١٤٣.
(٢)القرافي ،الذخيرة ،ج١٠،ص١١٨.

-المبحث الرابع : بطلان الحكم للتقادم :

والتقادم مضي مدة معينة شرعاً،على وجوب أداء الحق،يمنع سماع الدعوى أمام القاضي بعد مرورها ،إذا لم يكن للمدعي عذرٌ في إقامتها .(١)

والـــتقادم منع القاضي من سماع الدعوى،بعد مرور مدة معينة على المطالبة،يحددها ولي الأمر، والناظـــر فيه في أول الأمر يظن أنه مناف للعدالة والأخلاق ،فهو إما أن يقر غاصباً على ما في حـــيازته مدة معينة ،وإما أن يبرئ المدعى عليه من المطالبة لسكوت المدعي عن المطالبة بحقه مدة معينة ،وبالتمعن والنظر في أسباب مشروعية التقادم،يتضح أنه ضرورة لا بد منها،مما جعل معظم الشرائع والقوانين تأخذ به ،ومن هذه الاعتبارات والأسباب :

١- الـــتقادم ومرور الزمن قرينة على النزول عن الحق ،فمن يترك ملكه في يد الغير مدة طـــويلة ،ومـــن يـــسكت عـــن المطالبة بدينه مدة طويلة لا يسكت صاحب الحق مثلها، يفترض أنه تنازل عن حقه .

٢- ضـــرورة وضع حد للمنازعة والخصومة ،وبدون اعتبار التقادم ومرور الزمن،لا يمكن لأحـــد أن يطمـــئن إلى بقائه مالكاً،أو إلى براءته من دين كان عليه،فلو أن للشخص أن يطالـــب بحقـــه مهمـــا مضى من الزمن ؛لأدى ذلك إلى زعزعة في المراكز القانونية، واضـــطراب دائـــم في المعاملات،مما يؤدي إلى الفوضى وإثارة المنازعات فيما مضى عليه زمن طويل ،مما يتعذر معه على القضاء تبين وجه الحق فيه .

٣- الـــتقادم يحـــل إشكالاً كبيراً فيما يتعلق بالإثبات،فيساعد على حماية ذات الحق ،فيصعب علـــى المالك أن يقيم الدليل على ملكيته،فقد لا يتوفر لديه سند إثبات ملكية ،فالشخص لا يكـــون مالكـــاً،إلا إذا تلقى الملكية من مالك،فلولا التقادم لتعين على من يدعي ملكية،أن يثـــبت ملكيـــته وملكـــية أسلافه ،وهذا أمر متعذر ،بينما بالتقادم إذا مرت مدة معينة من الـــزمن على ملكية شخص وحيازته،يكون هناك توافق بين الحق والواقع ،ويكفي المالك فـــي هذه الحالة احتفاظه بدليل ملكيته مدة التقادم فقط،وبعدها لا تسمع دعوى تشكك في هذه الملكية .

(١)الدغمي ،دعوى التناقض والدفع في الشريعة الإسلامية ،ص٢٢٤.

٤- أن التقادم أعطى صاحب الحق فرصة كافية للمطالبة بحقه،وللحيلوله دون فقده بمرور الزمن ،أما إن كان حقه أمامه ولم يطالب به طوال مدة التقادم بلا عذر ، فإما أنه لا يستحق أو أنه تنازل عن هذا الحق ،وبغير هذا لا يستقر ملك ولا يثبت لصاحب حق .(١)

٥- التقادم طريق لسد باب التزوير والحيل ،وقطعاً للدعاوى الباطلة ؛ولأن إثبات انتقال الحق وإثبات الدفع بعد مرور هذه المدة متعذر ؛لإمكان موت الشهود أو نسيانهم .(٢)

وفكرة التقادم في نظام القضاء الإسلامي قد بينها الفقهاء وقالوا بها،ولعل هذا النص لابن القيم يؤكد ويوضح ذلك ،فقد جاء في الطرق الحكمية :" إذا رأينا رجلاً حائزاً لدار متصرفاً فيها مدة سنين طويلة ، بالهدم والبناء ،والإجارة والعمارة ،وهو ينسبها إلى نفسه ،ويضيفها إلى ملكه ، وإنسان حاضر يراه ،ويشاهد أفعاله فيها طول هذه المدة ،وهو مع ذلك لا يعارضه فيها ،ولا يذكر أن له فيها حقاً ،ولا مانع من المطالبة بالحقوق ،وليس بينه وبين المتصرف في الدار قرابة ،ولا شركة في ميراث وما أشبه ذلك ،مما يتسامح به القرابات والصهر بينهم في إضافة أحدهم أموال الشركة إلى نفسه ،بل كان عرياً عن ذلك أجمع ،ثم جاء بعد طول هذه المدة يدعيها لنفسه، ويريد أن يقيم بينة على ذلك،فدعواه غير مسموعة أصلاً ،فضلاً عن بينته ،وتبقى الدار في يد حائزها؛ لأن كل دعوى ينفيها العرف وتكذبها العادة ،فإنها مرفوضة غير مسموعة . " (٣)

فقد اشتمل النص على فكرة التقادم بالإضافة إلى بيان الأعذار التي تقطع مدة التقادم،ولا تحسب منها ،ونص على أنه إذا رفع دعوى بعد طول مدة فدعواه غير مسموعة أصلاً،فضلاً عن سماع بينته،واعتبر من أعراف الناس أن لا يسكت الإنسان عن حقه من غير عذر مثل هذه الفترة،وأما تحديد مدة التقادم فقد بين في فقرة تليها أنها متروكة لاجتهاد الإمام .

وقد أكد هذا المعنى أيضاً ابن فرحون بقوله :" ما تشهد العادة بكذبه كدعوى الحاضر الأجنبي ملك دار بيد رجل،وهو يراه يهدم ويبني ويؤجر هذه الدار مع طول الزمان من غير مانع يمنعه من الطلب عن توقع رهبة أو رغبة،وهو مع ذلك لا يعارضه فيها ، ولا يدعي أن له فيها حقاً أو أن بينهما شراكه وفجأة يدعي أنها له ، ويريد أن يقيم البينة على دعواه ،فهذا لا تقبل دعواه فضلاً عن سماع بينته ؛ لأن العرف يكذبه"(٤).

---

(١) -الصدة ،الحقوق العينية الأصلية ،ص٥٦٣.
- الشواربي ،الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية ،ص١١٢٧.
- سلطان ،أنور ،(١٩٩٤).أحكام الالتزام الموجز في النظرية العامة للالتزام ، الإسكندرية:منشأة المعارف ، ص٤٥٤.
(٢) الدغمي ،دعوى التناقض والدفع في الشريعة الإسلامية .ص.٢٣٠.
(٣) ابن القيم ،الطرق الحكمية ،ص١١٥.
(٤)ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص١٠٤.

أما الأعذار التي اعتبرها الفقهاء فقد بينتها مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٦٦٣ ونصها :

"والمعتبر في هذا الباب يعني مرور الزمان المانع لاستماع الدعوى،ليس هو إلا مرور الزمان الواقع بلا عذر،وأما الزمان الذي مر بعذر شرعي،ككون المدعي صغيرا أو مجنونا أو معتوها، سواء كان له وصي أو لم يكن،أو كونه في ديار أخرى مدة السفر،أو كون خصمه من المتغلبة،فلا اعتبار له،فذلك يعتبر مبدأ مرور الزمن من تاريخ زوال واندفاع العذر،مثلا لا يعتبر الزمان الذي مر حال جنون أو عته أو صغر المدعي،بل يعتبر مرور الزمن من تاريخ وصوله إلى حد البلوغ،كذلك إذا كان لرجل مع أحد المتغلبة دعوى،ولم يمكنه الادعاء لامتداد زمان تغلب خصمه،ووجد مرور الزمان لا يكون مانعا لاستماع الدعوى،وإنما يعتبر مرور الزمان من تاريخ زوال التغلب" (١).

فبينت المادة أن مرور الزمن المانع من استماع الدعوى،الواقع بلا عذر، وقصرت الأعذار في ثلاثة هي:

١- القاصرية،وهي كون صاحب الحق صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً ،فالمدة التي تمر أثناء القاصرية،لا تدخل في حساب مرور الزمن،سواء بلغت حد مرور الزمن أو لم تبلغ ،فلو دامت القاصرية ثماني سنوات،وزالت في بداية السنة التاسعة،يبتدأ مرور الزمن من السنة التاسعة .

٢- الغيبة،فالمدة التي تمر في حالة الغياب لا تأثير لها في مرور الزمن ،والمعتبر في الغياب عن الديار مدة السفر.

٣- التغلب،وهو أن يكون المدعى عليه،من المتغلبة في حالة التغلب،سواء بلغت حد مرور الزمن،أو لم تبلغ،فلا تأثير لها على مرور الزمن ،ما دام ثبوت الحق كان في زمن التغلب .

-ولا يعتبر عدم العلم من الإعذار الشرعية،فلو تصرف شخص في مزرعة،في مواجهة آخر مدة مرور الزمن،وهو يراه ولا يعترض عليه،ثم يدعي أن هذه الأرض ملك له من والده، ولم يكن يعلم لا تسمع دعواه (٢).

---

(١)حيدر ،درر الأحكام شرح مجلة الأحكام،ج٤،ص٣٠٥.
(٢)المصدر نفسه،ج٤،ص٣٠٥-٣٠٨.

وأضـــاف علـــي حيدر عذراً رابعاً على الثلاثة التي ذكرتها المادة ،وهو ممانعة الزوج زوجته من المطالبة بحقها (١).

ومرور الزمن نوعان :

١- اجـــتهادي ومدتـــه ست وثلاثون سنة ،فالدعوى التي تترك هذه المدة بلا عذر،لا تسمع فترك الدعوى مع القدرة عليها،وبلا عذر هذه المدة أو زيادة عليها،يدل على عدم الحق .

٢- معيـــن مـــن قـــبل السـلطان –السلطاني –فللسلطان الحق في منع القاضي من سماع الدعوى،بعد مرور زمن يعينه عليها ،وهذا النهي في حق القاضي،وليس في حق الحكم.

والفــرق بيــن النوعيــن أن الدعوى في النوع الأول لا تسمع مطلقاً،أما في النوع الثاني فيمكن أن تسمع بأمر السلطان (٢).

وتعتــبر فــي مـــرور الزمن السنة القمرية،وليست الشمسية ،ويبدأ حساب مرور الزمن من ثبوت الحق،ومنتهاه إقامة الدعوى في حضور القاضي(٣) .

أما في القانون،فتحسب بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك(٤).

وصـــدور الحكم بالمدعى به لا يمنع وقوع مرور الزمن ،فلو حصل على حكم ،ولم يطلب تنفيذه خمس عشرة سنة يقع عليه مرور الزمن(٥).

وتخـــتلف المـــدة في الدعاوى،فمنها ست وثلاثون سنة ،وخمس عشرة سنة،وعشر سنوات فـــي بعض الدعاوى (٦)،وهذا ما جاء في المادة **١٦٦٢ونصها:**"إن كانت دعوى الطريق الخاص والمســيل وحـــق الشـــرب في عقار الملك،فلا تسمع بعد مرور خمس عشرة سنة،وإن كانت في عقـــار الوقـــف فللمتولـــي أن يدعـــيها إلى ست وثلاثين سنة،ولا تسمع دعوى الطريق الخاص والمســيل وحـــق الشرب بعد أن تركت عشر سنين كما لا تسمع دعوى الأراضي الأميرية،بعد مرور عشر سنين"(٧).

(١)حيدر،درر الأحكام شرح مجلة الأحكام،ج٤،ص٣٢٢.
(٢)المصدر نفسه ،ج٤،ص٢٩٥.
(٣)المصدر نفسه ،ج٤،ص٢٩٧.
(٤) الصدة،الحقوق العينية الأصلية،ص٥٨٢
(٥)حيدر،درر الأحكام شرح مجلة الأحكام،ج٤،ص٢٩٧.
(٦)المصدر نفسه ،ج٤،ص٢٩٨.
(٧)المصدر نفسه ،ج٤،ص٣٠٢.

والـــتقادم لا يعنـــي ســـقوط الحق، وإنما يعني عدم سماع الدعوى به،وهو وسيلة لقطع حق المطالبة بهذا الحق (١). وهذا ما أكدته المادة ١٦٧٤ من المجلة ونصها:

"لا يســقط الحــق بــتقادم الزمان،بناء عليه إذا أقر واعترف المدعى عليه صراحة في حضور الحاكم،بـأن للمدعـــي عنده حقاً في الحال في دعوى وجد فيها مرور الزمان،بالوجه الذي ادعاه المدعي فلا يعتبر مرور الزمان،ويحكم بموجب إقرار المدعى عليه،وأما إذا لم يقر المدعى عليه فـــي حضور القاضي،وادعى المدعي بكونه أقر في محل،فكما لا تسمع دعواه الأصلية،كذلك لا تســمع دعــوى الإقرار،ولكن الإقرار الذي ادعي إن كان قد ربط بسند حاوٍ لخط المدعى عليه، المعـــروف ســـابقاً أو خـــتمه ،ولم يوجد مرور الزمان من تاريخ السند،إلى وقت الدعوى،تسمع دعوى الإقرار على هذه الصورة " (٢).

فـــلا يســـقط الحـــق بتقادم الزمن ،وإنما يسقط حق المطالبة به،وعدم استماع الدعوى بالأمر الســـلطاني،خوف وقـــوع الـــتزوير،ولقطع الحيل والأطماع الفاسدة الفاشية بين الناس ،فلو رفع المدعـــي دعـــوى وردت بالتقادم،يـــبقى المدين مديناً،ولا تخلص ذمته،ما لم يرد دينه أو يرضى مديـــنه ، وعلـــيه فلـــو أقر صراحة في حضور القاضي بالحق،ثم دفع بمرور الزمن ،فلا يعتبر مرور الزمن،ويحكم بموجب إقراره ، أما إذا لم يكن الإقرار بحضور القاضي فلا عبرة به (٣).

فيســـتطيع المدعـــى علـــيه أن يدفع الدعوى بمرور الزمن أو التقادم،حيث مضى عليها المدة الزمنية،التي يسقط سماعها بعدها،وهو ما يعرف بالدفع بالتقادم (٤) .

فللحـــاكم الحق في تخصيص القضاء بزمان ومكان وخصومة،فلا يجوز للقاضي مخالفته، وإن فعـــل يـــبطل حكمه ولا ينفذ،وإن أذن له الإمام بالسماع بعد هذه المدة،جاز له ذلك بل وجب عليه،فهذا الأمر متروك لاجتهاد الإمام (٥) .

وإذا مـــنع الســـلطان القضـــاة مـــن سماع الدعوى،بعد مرور خمس عشرة سنة على المطالـــبة ،وســـمع القاضـــي الدعـــوى وحكـــم بها،مخالفاً هذا المنع ،فالحكم باطل لمخالفة أمر الســـلطان؛لأن القاضي معزولٌ عن سماع هذه الدعوى،(٦) فالقاضي يحكم بموجب تولية السلطان لـــه بـــالحكم ،فلا يحل له تجاوز حدود هذه التولية ، وإن فعل وحكم متجاوزاً حدود ما وليّ به، فحكمه باطل، كما لوحكم غير القاضي .

---

(١) الصدة، الحقوق العينية الأصلية،ص٥٦٣.
(٢) حيدر،درر الحكام شرح مجلة الأحكام،ج٤،ص٣١٨.
(٣) المصدر نفسه،ج٤،ص٣١٩.
(٤) الدغمي ،دعوى التناقض والدفع في الشريعة الإسلامية .ص٢٤٢.
(٥)ابن عابدين،رد المحتار،ج٥،ص٤١٩.
(٦)أبو البصل،نظرية الحكم القضائي،ص٥٣٥.

-المبحث الخامس :بطلان الحكم لخلل في نظر الدعوى:

-المطلب الأول: بطلان الحكم لسؤال القاضي المدعى عليه عن الدعوى،و كانت الدعوى غير صحيحة أو غير واضحة :

من أهم أصول التقاضي وإجراءاته ،أن المدعى عليه لا يسأل إلا عن الدعوى الصحيحة المستوفية لشروطها ،فإذا كانت هذه الدعوى غير صحيحة،كلف المدعي بتصحيحها ،وإذا كانت غير واضحة،كلف بتوضيحها ،وإذا لم يقم المدعي بذلك،ردت المحكمة الدعوى(١) ،وهذا ما أكد عليه الفقهاء،ومن ذلك :

"ثم ينظر في دعواه ،فإذا كانت فاسدة قال للمدعي:إن دعواك فاسدة،فاذهب فإني لا أسمعها،ولا يأمره بالذهاب من غير بيان سببه،وهو الفساد في الدعوى؛ لأنه لو فعل ذلك يتهم،والتحرز عن التهمة واجب ،وفساد الدعوى بجهالة المدّعى به ؛لأن القضاء بالمجهول لا يمكن،فلا يسمع دعواه، وإن كانت الدعوى صحيحه أقبل على المدعى عليه،فيسأله عما ادعى عليه خصمه" (٢).

"إذا نظر في دعواه،فإن لم تكن صحيحة،يقول له قم فصحح دعواك؛ لأنه بالدعوى الفاسدة لا يستحق الجواب "(٣) .

" إذا جلس الخصمان بين يدي القاضي لا يسأل المدعى عليه إلا بعد كمال،أي بعد فراغ المدعي من الدعوى الصحيحة،وحينئذ يقول القاضي للمدعى عليه أخرج من دعواه" .(٤)

وعليه فلا يسأل المدعى عليه عن دعوى غير واضحة أو غير صحيحة ،وإن سار القاضي بالدعوى وهذا حالها ،كان الحكم الصادر في هذه الدعوى باطلاً ،فالحكم يصدر في دعوى صحيحة أقيمت عليها بينة معتبرة في نظر الشرع ،والدعوى في هذه الحالة قد فقدت هذا الشرط فلا تستحق الجواب أصلاً فضلاً عن الحكم ،وقد تقدم أنه لا بد من التوافق بين الدعوى والبينة والحكم،ولا يمكن التحقق من هذا التوافق إذا كانت الدعوى غير واضحة أو غير صحيحة أصلاً، فيكون الحكم قد بني على باطل ،وما بني على باطل فهو باطل .

---

(١)أبو البصل ،أصول المحاكمات المدنية ،ص١٧١.
(٢)الحسام الشهيد ،شرح أدب القاضي للخصاف ،ص٦٢ .
(٣) السرخسي ،المبسوط ،ج١٦،ص٧٨.
(٤)الغزي ،ابن القاسم،(ت٩١٨ه).شرح ابن القاسم الغزي على متن أبي شجاع،المطبوع مع حاشية البيجوري ، (تحقيق محمد عبد السلام شاهين) ،ط١،دار الكتب العلمية ،بيروت،١٩٩٤ ،ج٢،ص٦٣٠.

وقد نصت المادة الثانية والأربعون من الأصول الشرعية على أنه "إذا أغفل المدعي شيئاً يجب ذكره لصحة الدعوى سأله القاضي عنه،ولا يعد ذلك تلقيناً إلا إذا زاده علماً .(١)

فالمـــادة تلـــزم القاضي بالطلب من المدعي توضيح دعواه ،وتصحيحها،ولا يعد هذا طعناً في القاضـــي،ولا يعتبر تلقيناً ؛لأنه لا يمكن للقاضي أن يسأل المدعى عليه عن دعوى غير صحيحة أو غير واضحة .

---

(١) الظاهر ،التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ،ص٧٦.

-المطلب الثاني: بطلان الحكم لعدم الخصومة :

الخصومة لغة :من المنازعة والمجادلة (١).

الخصومة شرعا: "هي الدعوى الصحيحة والجواب الصريح بنعم أولا " (٢).

والخصومة قانوناً : الحالة القانونية الناشئة من مباشرة الدعوى ،وهي تتكون من عدة إجراءات تبدأ برفع الدعوى ، وتنتهي بصدور الحكم في موضوعها ، وقد تنتهي بغير حكم في الموضوع (٣).

وتوفر الخصومة في الدعوى من شروط قبولها،وتحقق الخصومة في الدعوى من ثلاث نواح أو جهات هي:

-أولاً : جدية الخصومة :

بأن تكون الدعوى حقيقية،وليس مقصوداً بها الاحتيال ،بأن لا يكون هناك خصومة حقيقية بين أطراف النزاع،وإنما هي خصومة صورية في الظاهر،وقد نصت المادة الرابعة والأربعون من أصول المحاكمات الشرعية على رفض الدعوى،إذا لم يكن بين الطرفين خصومة حقيقية في الواقع، ونصها "ترفض الدعوى إذا لم يكن بين الطرفين خصومة ،ويقصد بالتقاضي الاحتيال على حكم بما يدعيه أحدهما". (٤)

والتطبيق العملي لهذه المادة،هو أن يتحرى القاضي بالملامح العامة للخصمين،وبخبرته القضائية،هل أن الدعوى نتيجة نزاع موجود في الواقع،أم أنها مجرد وسيلة للتحايل لسبب من الأسباب،من الهروب من الالتزام بقضاء دين حكم بتنفيذه على شخص،فيتفق مع زوجته على أن ترفع عليه دعوى نفقة لها ولعيالها لتستثني هذه النفقة من الحجز،حيث أن المادة الثانية والأربعين بعد المائة من أصول المحاكمات المدنية نصت على أن النفقة تستثنى من الحجز، ونصت المادة الثالثة والسبعون من قانون الإجراء الأردني،وهو قانون التنفيذ،على أنه يقطع من رواتب الموظفين مقدار النفقة المحكوم بها عليهم،وما زاد من الرواتب على هذه النفقة يقطع ثلثه، وفاء للديون الأخرى (٥)، فيكون المراد بهذه الدعوى الحصول على حكم،لتهريب جزء كبير من الراتب للنفقة المحكوم بها ، فان شعر القاضي أن لا خصومة بين الزوجين أو أن هناك

---

(١)-ابن منظور ،لسان العرب ،ج١٢،ص١٨٠.
 - ابراهيم أنيس وآخرون ،المعجم الوسيط ،ج١،ص٢٣٩.
(٢)علاء الدين أفندي ، تكملة حاشية ابن عابدين ،ج٧،ص٣٦١.
(٣)أبو الوفا ،أصول المحاكمات المدنية ،ص٤٨١.
(٤)الظاهر ،التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ،ص٧٦.
(٥)مبارك،شرح أحكام قانون الإجراء الأردني ،ص١٥٢.

هـدف آخـر مـن الدعوى،يقصد به الاحتيال على تنفيذ حكم آخر ، فلا تقبل هذه الدعوى لعدم الخصومة ، والمادة الرابعة والأربعون من أصول المحاكمات الشرعية،تلزم القاضي بالانتباه إلى هـذا النوع من الدعاوى ، وقد نبه إلى ذلك الفقهاء ،وبينوا أنه لا بد أن تكون الخصومة حقيقية، وفـي ذلـك يقـول ابـن عابديـن :"يشـترط لصحة الحكم واعتباره في حقوق العباد،الدعوى الصـحيحة،وأنه لابد في ذلك من الخصومة الشرعية،وإذا كان القاضي يعلم أن باطن الأمر ليس كظاهره،وأنه لا تخاصم ولا تنازع في نفس الأمر بين المتداعيين،ليس له سماع هذه الدعوى،ولا يعتـبر القضاء المترتب عليها" (١). فالنص يدل على عدم اعتبار القضاء المترتب على الدعوى التـي لا تخاصـم فـيها ولا تـنازع بيـن المتداعيين في موضوع الدعوى،وباطن الأمر ليس كظاهـره، سيما إذا كان القاضي يعلم بذلك ، وقال أيضاً :"وشرطها –أي الدعوى – كونها ملزمة شيئاً على الخصم بعد ثبوتها" .(٢)

ثانيا: الأهلية للخصومة:

فعلـى القاضي أن يتحقق من أهلية المدعي والمدعى عليه للخصومة ،وهذا الإجراء لا بد مـنه قـبل سـير القاضـي في الدعوى ،فإن سار القاضي في الدعوى قبل أن يتحقق من صحة الخصومة وأهلية الخصوم ،ثم أصدر حكماً يكون هذا الحكم باطلاً .

ثالثا: التحقق من توفر شرط الصفة في المدعي والمدعى عليه:

فلو رفعت الأم دعوى نفقة لبناتها البالغات ،وحكم القاضي في هذه الدعوى ،كان الحكم باطلاً لعدم صفة المدعي في رفع الدعوى.(٣)

---

(١) ابن عابدين ،رد المحتار ،ج٥،ص٣٥٤.
(٢) المصدر نفسه ،ج٥،ص٥٤٣.
(٣) وقـد تقـدم البحـث فـي الاهلية للخصومة والصفة في المطلب الأول من بطلان الحكم لخلل في أطراف الخصومة .

-المطلب الثالث: بطلان الحكم لمخالفة مبدأ العلنية :

الأصل في القضاء الإسلامي هو العلانية؛ حتى تكون الدعوى معلومة،فيدخل في الخصومة من يجد أن له بها علاقة،ويحصل الاطمئنان والثقة بالقضاء،بالإضافة إلى ما لها من اثر في حفظ هيبة القضاء بالردع والزجر لمن يحاول التطاول على هذا المجلس،إلا إذا رأى القاضي نظر الخصومة بعد ذلك في جلسة سريه لمصلحة تقتضي ذلك (١) ،ولم ينص الفقهاء على وجوب نظر الخصومات في جلسات علنية،لكن الواقع العملي الذي كان عليه قضاء الرسول -صلى الله عليه وسلم - وأصحابه من بعده،هو أن القضاء كان في مكان عام،لا يمنع من دخوله أحد كالمسجد مثلا،وان كان هذا الفعل لا يوجب العلنية،فأقلها أنه يعطي الحق لولي الأمر في فرضه على القضاة،مع فساد الزمان وكثرة قضاة الضرورة ، فمبررات حضور العلماء لمجلس القضاء مراعاةً لمبدأ العلنية في هذا العصر أشد وأقوى،كما أن الفقهاء أكدوا على استحباب حضور العلماء لمجلس القضاء، وفي هذا مراقبة ومتابعة من أهل العلم لقضاء القاضي وتطبيقه لأحكام الشرع (٢).

وقد أكد أهل القانون على علنية المحاكمة،وأن إعلام الحكم إذا لم ينص فيه أن المحاكمة جرت علنا،يستحق البطلان،فعلانية المحاكمة شرط أساسي لصحتها،ولا يكفي أن تجري علنا بالفعل،بل يجب أن يذكر في إعلام الحكم أيضاً تحت طائلة النقض والبطلان (٣).

وهذا ما أكدته قوانين أصول المحاكمات المدنية والشرعية،فقد جاء في قانون أصول المحاكمات المدنية في المادة الحادية والسبعين:-"تكون المحاكمة علنية،إلا إذا قررت المحكمة من تلقاء نفسها،أو بناءً على طلب أحد الخصوم إجراءها سراً،محافظة على النظام العام والآداب أو حرمة الأسرة "والمادة السادسة والأربعين من أصول المحاكمات الشرعية :-"تجري المحاكمة في المحاكم الشرعية بصورة علنية،إلا في الأحوال التي تقرر المحكمة إجرائها سراً ،سواء كان ذلك من تلقاء نفسها،أو بناءً على طلب أحد الخصوم محافظة على النظام أو مراعاة للآداب أو حرمة الأسرة"(٤)، وعلنية المحاكمة بأن يكون دخولها مباحاً لمن يرغب في متابعة إجراءات التقاضي، ضماناً لسير العدالة،ولحصول الثقة والطمأنينة في نفوس الخصوم،(٥) وعرفها فارس خوري بقوله :"والمراد بالعلنية أن تفتح المحاكمة،وتجري المرافعة على مشهد الناس الآتين

(١) -مدكور ،القضاء في الإسلام ،ص٤٩.
- عالية ،نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام،ص٣٥٦.
(٢) ياسين ،نظرية الدعوى ،ص٤٩٩.
(٣) خوري ،أصول المحاكمات الحقوقية ،ص٢٢٩.
(٤) الظاهر ،التشريعات الخاصة في المحاكم الشرعية ،ص٧٦.
(٥) آمال الفرايزي ،(١٩٩٠م). ضمانات التقاضي ، الإسكندرية:دار المعارف ،١٢٩.

للاستماع والتفرج،فلا يمنع أحد من الدخول والوقوف أو الجلوس على مقاعد الاستماع ، فإذا فتحت المحكمة أبوابها وأباحت للناس الدخول وتليت الأوراق والقرارات والمرافعات،بحضور الطرفين وبصوت مسموع،وفي القاعة المخصصة للمحاكمة تمت شروط العلنية"(١)،ويستثنى من مبدأ العلنية، كما بينت المادة الحادية والسبعون من أصول المحاكمات المدنية والمادة السادسة والأربعون من أصول المحاكمات الشرعية ثلاث حالات،بقرار المحكمة من تلقاء نفسها،أو بناء على طلب أحد الخصوم ، وهي

١- المحافظة على النظام العام .

٢- المحافظة على الآداب العامة.

٣- المحافظة على حرمة الأسرة.

ومن فوائد مبدأ العلنية،أنها من ضمانات نزاهة القضاء،بالإضافة إلى حجب الخصوم عن إطالة اللسان،أو الاعتداء على هيبة مجلس القضاء،ورفع ثقة الناس بصيانة حقوقهم في محاكمة يحضرها الجمهور،بالإضافة إلى أنها تحمل القضاة على التأدب في الألفاظ،التي يوجهونها للخصوم ،وتزيد في حرصهم على الالتزام بأصول وإجراءات التقاضي المعمول بها، وإذا تمت المحاكمة سرياً لسبب من الأسباب،كان على المحكمة أن تذكر ذلك في إعلام الحكم وتعلل وتبين السبب ،وإلا كان الحكم باطلاً (٢)، فإذا جرت جلسات المحاكمة بصورة سرية،من غير تعليل ووجود سبب من الأسباب،التي نص عليها القانون كان الحكم باطلاً،وإذا لم ينص في قرار الحكم على العلنية ،كان الحكم باطلاً أيضاً ،فلا بد من النص على أن المحاكمة جرت بصورة علنية .

---

(١) خوري ،أصول المحاكمات الحقوقية ،ص٢٢٩.
(٢) المصدر نفسه ،ص٢٢٩-٢٣١.

- المطلب الرابع :بطلان الحكم لخلل في تحليف اليمين:

-الفرع الأول:بطلان الحكم المبني على تحليف اليمين من القاضي للمدعى عليه دون طلب المدعي:

تقدم أن القاضي لا يسأل الخصم،ولا يطلب منه الجواب،إلا على دعوى صحيحة وواضحة،وبعد تحقق القاضي من صحة الدعوى،وتوافر شروطها،وصحة الإجراءات التي سارت فيها،من تقديم لائحة الدعوى،إلى صحة التبليغ،أو حضور الخصم، فإنه يوجه الإدعاء إلى المدعى عليه،ويطلب منه الجواب ، والجواب إما إقرار أو إنكار أو امتناع (١).

أما المالكية فقد وضعوا لهذا أكثر من خيار،فقالوا : بأنه يجبر بالسجن،فإذا لم يجب فبالضرب،وقالوا بأنه لا يجبر ويعد هذا نكولاً،فيقضى للمدعي مع يمينه ، وقيل أيضاً أنه يجبر على الإقرار أو الإنكار بالأدب،وليس بالسجن أو الضرب وعليه العمل ، وقيل إنه إن كان لا يقر ولا ينكر؛ لأنه لا يعرف حقيقة ما يدعى به عليه،يقال له : احلف على أنك لا تقر ولا تنكر لأنك على غير يقين من الأمر ، فإن حلف قيل للطالب : أثبت حقك،وإن لم يحلف،يجبر في قول على الإقرار أو الإنكار،أو يقضى للطالب مع يمينه،وقيل يقضى له بغير يمين.

واعتبروا الامتناع عن الإقرار والإنكارمن أقسام الجواب،وفي هذا يقول ابن فرحون :"من أقسام الجواب الامتناع عن الإقرار والإنكار"(٢) .

ولا يجوز للقاضي توجيه اليمين دون طلب المدعي،فالمدعى عليه بين أن يقر أو ينكر،فإن أقر لزمه الحق،وإن أنكر المدعى عليه الدعوى كلف المدعي بإثبات دعواه،وإن عجز وجهت اليمين إلى المدعى عليه ،ولكن هذه اليمين لا توجه إلى المدعى عليه،إلا بطلب من

---

(١)-ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص١٢٧.
- ابن عابدين ،رد المحتار ،ج٥،ص٥٤٨.
-النووي ،المجموع،ج٢٠،ص١٥٧.
-البيجوري ،حاشية البيجوري ،ج٢،ص٦٣٢.
-ابن قدامة ،المغني ،ج٩،ص٨٨.
-البهوتي ،شرح منتهى الإرادات ،ج٣،ص٥١٦.
-الشيباني ،نيل المآرب ،ص٢،ص٤٥٢.
(٢) ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص١٥١.

المدعـــي؛ لأنهـــا خـــالص حقه ،فلا يستوفى إلا بطلبه(١) ،وإن وجه القاضي اليمين إلى المدعى علـيه،دون طلب المدعي وحكم بموجب الحلف كان الحكم باطلا؛ لأنها يمين ليست في وقتها،ولم يطالب بها صاحب الحق في تحليفها ،فاستحق الحكم المبني عليها البطلان .

وصـــرح أهـــل القانون بأنه لا يجوز تحليف المدعى عليه اليمين،ولا تجب عليه إلا إذا عجز المدعـــي عـــن الإثبات،وطلب من القاضي تحليف المدعي ؛ذلك لأن اليمين حجة المدعى عليه، والبيـــنة حجة المدعي،والمدعي مكلف بإثبات دعواه،وليس له اللجوء إلى التحليف،إلا بعد عجزه عـــن البيـــنة ،فلا يحق للمحكمة أن تحلفه دون طلب ،بل عليها أن تسأل المدعي وتبين له أن له الحـــق في تحليف خصمه،وينقض حكم المحكمة فيما يتعلق باليمين ، إن لم تسأل المدعي،إن كان يـــريد تحلـــيف خصمه أم لا ،واستكملت الإجراءات،وصدر الحكم دون هذا الإجراء،فهذا الحكم باطل يستحق النقض .(٢)

---

(١) -ابن الهمام ،شرح فتح القدير ،ج٧،ص١٥٨.
-ابن عابدين ،رد المحتار ،ج٥،ص٥٤٨.
-ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص٣٦.
-النووي ،المجموع ،ج٢٠،ص١٧٥.
-ابن أبي الدم ،أدب القضاء ،ص٩٧.
-الغزي ،شرح ابن القاسم الغزي على متن أبي شجاع ،ج٢،ص٦٣٢.
-البهوتي ،كشاف القناع ،ج٦،ص٣٣٨.

(٢) خوري ،أصول المحاكمات الحقوقية ،ص٤٩٦.

-الفرع الثاني:بطلان الحكم لعدم حلف اليمين في الحالات التي تستوجب حلفها:

يمـين الاسـتظهار :وهي التي يؤديها المدعي بناءً على طلب القاضي ؛ لدفع الشبهة والريبة والـشك والاحتمال في الدعوى،بعد تقديم الأدلة فيها،فاليمين تكمل الأدلة ،ويتثبت بها القاضي من صحة الأدلة ،وتسمى يمين الاستيثاق ،ويسمّيها المالكية يمين القضاء ويمين الاستبراء .(١)

وقـد ذهب جمهور الفقهاء ،الحنفية في الراجح والمالكية والشافعية والحنابلة في رواية، إلى وجوب هذه اليمين،وأن القاضي لا يحكم على غائب إلا بعد حلفها من قبل المدعي؛ احتياطاً لحق الغائب.(٢)

وخالـف الحنفـية فـي الرواية المشهورة عنهم،بأن البينة إذا قامت على غائب أو صبي أو مجـنون ،فـلا يحلـف المدعـي بعد إقامته البينة ،لمخالفة هذا الإجراء؛ لقوله -صلى الله عليه وسلم-:"البينة على المدعي واليمين على من أنكر .(٣)

فالحـديث ألزم المدعي بالبينة ولم يلزمه باليمين، كما أنها بينة عادلة ومقبولة ،فلم تجب معها اليمين كما في الحكم على الحاضر.(٤)

والـراجح قول الجمهور؛ احتياطاً لحق الغائب ،ودفعاً للشبهة،وقياس الغائب على الحاضر قياس مـع الفـارق ،فالحاضر يستطيع أن يدفع عن نفسه قبل صدور الحكم بحقه، بخلاف الغائب،وإن كـان المدعي صادقاً في دعواه وبينته فهذا الإجراء لا يضره ،وهو من باب المصلحة، وصيانة الحكم وتحقيق مقاصد الشريعة من نصب القضاء ،ولا يخفي ما لليمين من أثر في النفس .

ومن الحالات التي ذكرها الفقهاء والتي يجب فيها حلف اليمين على المدعي :

١-الحكـم علـى الغائـب ،فلا يحكم القاضي على الغائب إلا بعد حلف اليمين من المدعي،عند الجمهور خلافاً للحنابلة في رواية (٥).

مثل المراة إذا طلبت فرض النفقة على زوجها الغائب ،فتحلف بالله أن زوجها لم يترك لها نفقة ، وعلى أنها ليست ناشزاً ولا مطلقة ،انقضت عدتها .

---

(١) الزحيلي،التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي ،ص٣٧٧.
(٢)-ابن عابدين ،رد المحتار ،ج٥،ص٥٤٨.
-الدسوقي ،حاشية الدسوقي ،ج٤،ص١٦٢.
-ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص١٠٨.
-الحطاب،مواهب الجليل،ج٦،ص١٤٩.
-النووي،المجموع،ج٢٠،ص١٦٣.
-البيجوري،حاشية البيجوري،ج٢،ص٦٣٨.
-ابن قدامة،المغني،ج٩،ص١١٢.
(٣)سبق تخريجه،ص١٣٢ .
(٤)الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف ،ص٦٢.
(٥)ابن قدامة،المغني،ج٩،ص١١٢.

٢- الحكـــم على فاقدي الأهلية كالمجنون و اليتيم والصغير والسفيه،إذا أقيم عليه دعوى قتل أو غـــصب،أو إتـــلاف أو نحوه،مما يرجع على ماله،فلا بد من يمين القضاء،بعد إقامة البينة،وهذه اليمين واجبة لا يتم الحكم إلا بها .

٣-الرد بالعيب : يستحلف المشتري على عدم الرضا به .

٤- الـــشفيع علــــى عدم إبطاله الشفعة،فالشفيع إذا طلب من القاضي أن يقضي له بالشفعة يحلفه بالله،لقد طلبت الشفعة حين علمت،وإن لم يطلب المشتري ذلك .

٥- إذا ظهـــر لمـــال مـــستحق،وأثبت دعـــواه،حلفه الحـــاكم بـــالله تعالى،علـــى أنـــه لـــم يبع هذا المال،ولم يتصرف به ولم يخرجه من ملكه بوجه من وجوه التصرف .

٦-البكـــر إذا بلغـــت واخـــتارت الفرقة، وطلبت التفريق من القاضي،يستحلفها بالله لقد اخترت الفرقة حين بلغت،وإن لم يطلبه الزوج. (١)

٨-الدعوى على التركة يحلفها المدعي، بعد إثبات دعواه على أنه لم يستوف هذا الحق،بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه من الوجوه،ولا أبرأه ولا حوله على غيره،ولا أوفي من قبل أحد لا بعضاً ولا كلا،وليس للميت مقابله رهن .

وقـــد أخـــذ بهذا قانون أصول المحاكمات الحقوقية وأجاز تحليف المدعي اليمين في أكثر الحالات التي ذكرها الفقهاء .(٢)

وهـــذا مـــا أخـــذ به قانون الأحوال الشخصية الأردني،في المادة السادسة والسبعين والسابعة والسبعين،في أن الزوجة إذا ادعت على زوجها الغائب،أنه تركها بغير نفقة تكفيها،وأقامت الأدلة والبينات على قيام الزوجية بينها وبين زوجها الغائب،تحلف الزوجة يميناً على أنها ليست بناشز، ولا مطلقة انقضت عدتها،فإن أقامت البينة على دعواها،وحلفت اليمين الشرعية المطلوبة،قدر لها القاضـــي الـــنفقة ،فـــدل ذلـــك على أن الحكم الصادر بالنفقة،إذا لم يشتمل على حلف تلك اليمين الشرعية،في مثل هذه الحالة التي تستوجب حلفها،اعتبر هذا الحكم باطلاً ونص المادتين :

(١) – علاء الدين أفندي ،تكملة حاشية ابن عابدين ،ج٧،ص٤٣٢ .
– ابن الشحنة ،لسان الحكام ،ج١،ص٢٣٣.
-الدسوقي ،حاشية الدسوقي ،ج٤،ص١٦٢.
-ابن حجر،تحفة المحتاج،ج٤،ص٣٧٦.
(٢) خوري،أصول المحاكمات الحقوقية،ص٤٩٦.

-**المادة السادسة والسبعين** : "إذا تغيب الزوج وترك زوجته بلا نفقة،وسافر إلى محل قريب أو بعيد أو فقد،يقدر القاضي نفقتها من يوم الطلب،بناءً على البينة التي تقيمها الزوجة،على قيام الزوجية بينهما،بعد أن يحلفها اليمين،على أن زوجها لم يترك لها نفقة، وعلى أنها ليست ناشزا،ولا مطلقة انقضت عدتها ".

-**المادة السابعة والسبعون** : " يفرض القاضي من حين الطلب،نفقة لزوجة الغائب في ماله منقولاً،أو غير منقول،أو على مدينه ،أو على مودعه،المقرين بالمال والزوجية،أو المنكرين لهما،أو لأحدهما بعد إثبات مواقع إنكاره بالبينة الشرعية ،وبعد تحليفها في جميع الحالات اليمين الشرعية السابقة ".(١)

وقانون أصول المحاكمات المدنية في المادة السابعة والستين،لا يجيز المحاكمة الغيابية ،فلا يحتاج الاحتياط لحق الغائب ،ونص المادة :

في البند الأول : "لا يجوز أن تجري المحاكمة إلا وجاهياً أو بمثابة الوجاهي" ،بينما قانون أصول المحاكمات الشرعية،أجاز المحاكمة الغيابية وأعطى المحكوم عليه غيابياً،حق الاعتراض خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه،كما جاء في المادة السادسة بعد المائة :" للمحكوم عليه غيابياً، أن يعترض على الحكم الغيابي خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه "(٢)، مما يدل على أن قانون أصول المحاكمات الشرعية أجاز محاكمة الغائب بعد تبليغه تبليغاً صحيحاً .

وفي جميع الحالات والصور المتقدمة،التي يطلب فيها حلف يمين الاستظهار،إذا لم يتم فيها تحليف من توجهت عليه اليمين ،أو ترك القاضي هذا الإجراء،فإن هذا الحكم يعتبر باطلاً.

---

(١) الأشقر ،الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ،ص٢١٠.
(٢) الظاهر ،التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ،ص٩٦.

-المبحث الخامس:بطلان الحكم لعدم طلب المدعي الحكم له بما يدعيه :

لا يجـوز للقاضـي بعد ثبوت الحق للمدعي،الحكم له به إلا بطلب من المدعي؛ وذلك لأن هذا خالص حقه،فلا يستوفى إلا بطلبه .(١)

وأجـاز الحنابلة في قول الحكم دون مسألة المدعي أو طلبه،إذا دل الحال على إرادتـه لذلـك؛ لأن كثيراً من الناس لا يعرف مطالبة الحاكم بذلك،فيترك مطالبته لجهله فيضيع حقـه ،فصيانة لحقوق هذه الفئة من الناس،يجوز الحكم في هذه الحالة قبل المسألة والطلب،ولكن المعتمد عندهم كما ذكر في المغني أنه ليس للحاكم أن يحكم إلا بطلب المدعي؛ لأن الحكم حق له فلا يستوفى إلا بطلبه .(٢)

ويعتـبر الطلـب في الدعوى ركنها،فركن الدعوى الادعاء،والادعاء يكون بطلب الحق أو حمايته.(٣)

ويعتبر الحكم للخصم،بما لم يطلب،أو بأكثر مما طلب،من أسباب بطلان الحكم،التي يجوز بها الطعن في الحكم بإعادة المحاكمة ،فقد نصت المادة الثالثة والخمسون بعد المائة من قانون أصول المحاكمـات الشـرعية في القانون المعدل رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠١ :" يجوز لأحد الخصمين أو من يقوم مقامه،أن يطلب إعادة المحاكمة في الأحكام الصادرة من المحاكم الاستئنافية، والأحكام التي تصدر من المحاكم البدائية، ولا يقبل فيها الاعتراض ،وذلك في الأحوال التالية، الفقرة الرابعة: -إذا قضـى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوا"،فإذا كان الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم يستوجب إعادة المحاكمة،فما الحال إذا كان الخصوم لم يطلبوا الحكم أصلاً ؟

وكذلـك فـي قانون أصول المحاكمات المدنية،رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٢ في المادة الثالثة عشرة بعد المائة في الفقرة الخامسة نفس ما تقدم في أصول المحاكمات الشرعية .

وعـرف أبـو الوفـا الطلب بقوله : هو الإجراء الذي يتقدم به الشخص إلى القضاء،عارضاً علـيه مـا يدعيه،طالـباً الحكم له بـه،وقد قسـمها إلـى طلـبات أصلية،وهي التي تنشأ بها الخصـومة،وطلبات طارئة،وهـي التـي يبديها الخصوم أثناء نظر الدعوى ،ويترتب على تقديم الطلـب بالنسـبة للمحكمة، أنه يلزم القاضي بالفصل فيها،إذا كان الطلب موضوعياً،ويتعين على

---

(١) -ابن عابدين ،حاشية ابن عابدين ،ج٥،ص٤٥.
-ابن الهمام ،شرح فتح القدير ،ج٧،ص١٥٣.
-النووي ،المجموع ،ج٢٠،ص١٥٧.
-البهوتي ،شرح منتهى الإرادات ،ج٧،ص٥١٦.
(٢)ابن قدامة ،المغني ،ج٩،ص٨٨.
(٣)أبو البصل ،شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ،ص١٢١.

المحكمـــة أن تلـــتزم فـــي حكمها،فـــي حـــدود الطلب المقدم لها ،كما يترتب على الطلب نزع الاختصاص في الحكم بهذه الدعوى من سائر المحاكم المختصة به .(١)

ويتضـــح ممـــا تقدم من نصوص الفقهاء ، أن الحكم القضائي إذا أصدره القاضي من تلقاء نفسه،دون طلب المدعي ،كان باطلاً لا يستحق التنفيذ.

---

(١)أبو الوفا ،أصول المحاكمات المدنية ،ص٩٩.

-المبحث السادس : بطلان الحكم لخلل في إصداره :

لا بد من توافر شروط معينة في إصدار الحكم القضائي؛ حتى يحقق الغاية من نصب وإقامة القضاء،من حيث شكل الحكم وصيغته،ووقت إصداره وعلانية هذا الإصدار ،ومحتوياته وتسبيبه ونحوه،ويجب على القاضي إذا استكمل الحكم لشروط إصداره،أن يصدره على الفور،ولا يجوز له التأخير،وهذا متفق عليه عند الفقهاء ،فتأخير القضاء بعد ثبوت الحق ظلم (١).

إلا أن الحنفية أجازوا تأخير الحكم في ثلاث حالات،"لا يجوز تأخير الحكم بعد وجود شرائطه إلا في ثلاث،لريبة،أو لرجاء صلح أقارب،وإذا استمهل المدعي " :-

١- الريبة :إذا كان للقاضي ريبة في الشهود،كشهادة ثلاثة قال أحدهم قبل القضاء:أستغفر الله كذبت في شهادتي،فسمعه القاضي دون أن يعين شخصه،فسألهم عن ذلك فأصروا كلهم على شهادتهم،فلا يقضي بشهادتهم،ويخرجهم حتى يتضح له وجه الحق .

٢- رجاء الصلح بين الخصوم،إذا كانوا أقارب وكذا الأجانب؛ لأن القضاء يورث الضغينة، فيتحرز منه ما أمكن .

٣- إذا استمهل المدعي أو المدعى عليه من القاضي إحضار بينة أو دفع،فإنه يجاب إلى طلبه ولا يعجل القاضي في الحكم،ويكون هذا بعد أن يسأله عن الدفع أو البينة،فإن كان صحيحاً أمهله،أما إذا ثبت للقاضي أنه يريد المماطلة لتعطيل القضية،فلا يلتفت إليه .

٤- إذا كان القاضي قد بعث لإحضار فتوى،بعث بها إلى علماء مصر آخر أو بلد أخرى،فله الحق في هذه الحالة،أن يأخر الحكم لحين وصول الفتوى،ولا يأثم بالتأخير .

وهذه الحالة أضافها ابن عابدين على الثلاثة السابقة المذكورة في نص الدر المختار (٢) .

أما المالكية فقد أجازوا تأخير الحكم في أربع حالات ،وهي :

١- إذا أشكل على القاضي وجه الحق،أمر الخصوم بالصلح،فإن تبين له وجه الحق حكم به، ولا يعدل إلى الصلح .

٢- إذا كان إصدار الحكم يخشى منه تفاقم الأمر بين الخصوم وحدوث مفسده ، فللقاضي الحق في تأخير الحكم في هذه الحالة .

---

(١) -ابن الشحنة ،لسان الحكام،ج١،ص٢٣٤.
-ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٣٠.
-الشيرازي،المهذب،ج٣،ص٤٠٤.
-البهوتي،كشاف القناع،ج٦،ص٣٤٩.
-ابن حزم،المحلى،ج٩،ص٤٢٣.

(٢) -ابن عابدين ،رد المحتار على الدر المختار ،ج٥،ص٤٢٣.
- السرخسي ،المبسوط ،ج١٦،ص١١٠.

٣- إذا كــان الخصــمان من أهل الفضل،فقد أقام سحنون رجلين من صالحي جيرانه وأهل الفضل بين يديه،وقال استرا على أنفسكما ولا تطلعاني على سركما .

٤- إذا كــان بين الخصمين رحم وقرابة،فقد قال عمر في كتابه المشهور :ردوا القضاء بين ذوي الأرحام حتى يصطلحوا،فإن فصل القضاء يورث الضغينة (١).

أما الشافعية فلم يجيزوا تأخير الحكم إلا برضا المحكوم له :

"إذا اتضــح الحكم للقاضي بين الخصمين،فالمستحب أن يأمرهما بالصلح ،فإن لم يفعلا لم يجز ترداده‌ما؛ لأن الحكم لازم فلا يجوز تأخيره من غير رضا من له الحكم "(٢).

أمــا الحــنابلة فقد ذكروا بأن القاضي إذا اتضح له الحكم،واستنارت الحجة،وسأله المدعي أن يحكم،حكــم علــى الفور فلا يجوز له تأخير الحكم،إلا إذا كان في الحجة لبس،ولم يظهر للقاضي وجــه الحق أمرهما بالصلح،فإن أبيا الصلح أخرهما إلى البيان والاتضاح،لتعذر الحكم فإن حكم قبل البيان كان الحكم باطلاً،ولم ينفذ؛ لأنه فقد شرطه (٣) .

"إنما الصلح في الأمور المشكلة،أما إذا استنارت الحجة فليس له ذلك " (٤) .

أمــا الظاهــرية فلا يجيزون تأخير الحكم مطلقا،بل وردوا على الجمهور في إجازاتهم تأخير الحكم في بعض الحالات ،واستدلوا على ذلك بقوله تعالى : "**كونوا قوامين بالقسط** "(٥).

وقوله تعالى :"**وتعاونوا على البر والتقوى** " (٦) .

وقوله تعالى :"**وسارعوا إلى مغفرة من ربكم** "(٧).

ووجه ابن حزم هذه الآيات بقوله :"فمن حكم بالحق حين يبدو إليه،فقد قام بالقسط وتعاون على الــبر والتقوى،وسارع إلى مغفرة من ربه ،ومن تردد في ذلك،فلم يسارع إلى مغفرة من ربه،ولا قام بالقسط،ولا أعان على البر والتقوى "(٨).

والــراجح أن إصدار الحكم من أصول وإجراءات التقاضي المتروك تقديرها للحاكم،بناء على المصــلحة والحاجــة وتأخــير الحكــم لوجود ريبة في البينة،أو رجاء صلح بين الأقارب وأهل الفضل، وخشية تفاقم الأمور بين الخصوم ،أو طلب أحد الخصوم مهلة لإحضار بينة أو دفع،فهذا

---

(١)ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص٣٠.
(٢) الشيرازي ،المهذب ،ج٣،ص٤٠٤.
(٣) -البهوتي ،كشاف القناع ،ج٦،ص٣٤٩.
- ابن مفلح ،المبدع ،ج١٠،ص٣٧.
(٤) البهوتي ،كشاف القناع ،ج٦،ص٣٣٥.
(٥) سورة النساء ،آية ١٣٥ .
(٦) سورة المائدة،آية ٢ .
(٧) سورة آل عمران ،آية ١٣٣ .
(٨) ابن حزم ،المحلى، ج٩،ص٤٢٣.

كله مصلحة على ولي الأمر مراعاتها؛ حفظاً للغاية التي شرع من أجلها القضاء،من إقامة العدل وإحقاق الحق،فعدم إعطاء المهلة لمن قد يحضر بينة أو دفعاً ظلم له،فقد يكون صاحب حق،وعدم تقديـر القاضـي لمـا قد يترتب على هذا الحكم من مفسدة،أو ما سيؤول إليه حال الخصوم بعد الحكـم، سـيما إذا كانوا أقارب لا يحقق العدل ولا يحق الحق،أما إذا لم يكن هناك سبب لتأخير الحكـم فـلا يجوز للقاضي تأخيره، ومع أهمية إصدار الحكم عند استكمال شروطه وعدم جواز تأخيـره ،إلا أنه لا يعتبر سبباً لبطلان الحكم، وإنما يعتبر سبباً في مخاصمة القاضي ، ،كما جاء في المادة الأولى بعد المائة من أصول المحاكمات الشرعية، والمادة الثامنة والخمسين بعد المائة من أصول المحاكمات المدنية، على أنه يجب إعطاء الحكم فور انتهاء المحاكمة،ولا يجوز تأخير الحكم بعد انتهاء المحاكمة إلا إذا كان يحتاج إلى تدقيق أو مراجعة فإذا لم تنطق المحكمة بالحكم لهذا السبب يتم تأجيله إلى جلسة أخرى ،وقد جاء في أصول المحاكمات المصرية أن من أسباب مخاصـمة القاضـي ومحاسـبته ،التأخر غير المشروع عن إصدار الحكم حيث يعتبر تخلفاً عن إحقاق الحق ،والامتناع عن إحقاق الحق عمداً يعد إنكاراً للعدالة (١)،وليس من العدل أن نحاسب المحكوم به على مماطلة القاضي في إصدار الحكم ، فيبطل الحكم الذي يوصله إلى حقه .

أما أسباب بطلان الحكم القضائي لخلل في إصداره ،فقد تناولته في خمسة مطالب:

---

(١)أبو الوفا ،أصول المحاكمات المدنية،ص٨٧.

-المطلب الأول :بطلان الحكم القضائي لعدم الإعذار :

الإعذار لغة : عذر فلاناً فيما يصنع عذراً ومعذرةً ،أي رفع عنه اللوم فيه،وأعذر فلان، أي ثبت له عذر .(١)

وقــد ورد عند الفقهاء،أن الإعذار المقصود ليس إثبات العذر والحجة ،بل أن الهمزة في أعذر للســلب وقطــع العذر وإزالته ،وعدم بقاء العذر له،فهو كقولك أعجمت الكتاب،أي أزلت عجمته بالنقط ،وشكا إليّ زيد فأشكيته أي أزلت شكايته .(٢)

والإعذار المبالغة في العذر،ومنه قد أعذر من أنذر،أي قد بالغ في الإعذار .(٣)

وقــد ورد هــذا المعنى في الصحاح،فأعذر بمعنى استوجب العقوبة،فيكون لمن يعاقبه العذر، وأعذر الناس أي كثرت ذنوبهم وعيوبهم،فاستوجبوا العقوبة .(٤)

وكــأن المراد هو المعنى الذي أشار إليه الفقهاء،بأن هؤلاء الناس الذين استوجبوا العقوبة،بسبب كــثرة ذنوبهموقد زال عذرهم،فلم يبق لهم عذر ،فالهمزة هنا لإزالة العذر،وليس لثبوته ،فالقاضي لا يحكــم علــى الخصــم،حتى يسلبه العذر بأنه لا حجة ولا مطعن له في البينة التي سيحكم بها عليه.

والإعــذار شرعاً : سؤال القاضي من ترجح الحكم عليه بعد تمام النظر،واستيفاء شروط الحكم هل بقي له مطعن،أو دفع في حجة المحكوم له .

والتعريف مستنبط من نصوص الفقهاء التالية :

" الإعذار لا يكون إلا بعد استيفاء الشروط،وتمام النظر ، والإعذار في شيء ناقص لا يفيد ."(٥)

"وأعذار المدعى عليه،أي قطع عذره فيها،بأن يقول : ألك مطعن في هذه البينة " (٦).

"بقوله أبقيت لك حجة،أو لك مطعن،أو قادح أو مدفع،أو مقال في هذه البينة " (٧) .

فالــنص الأول بين لنا أن الإعذار يكون قبل إصدار الحكم،بتمام النظر واستيفاء الشروط،وأن الإعذار في شيء ناقص لا فائدة منه .

والــنص الثانــي وضح لنا،أن الإعذار يكون بمنح الفرصة،لمن ترجح الحكم عليه،بالطعن أو الدفع أو القدح في حجة المحكوم له .

---

(١) إبراهيم أنيس وآخرون ،المعجم الوسيط ،ج١،ص٥٩٠.
(٢) الدسوقي ،حاشية الدسوقي ،ج٤،ص١٤٨.
(٣) ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص١٣٢.
(٤) الرازي ،مختار الصحاح ،ص٤٢٠.
(٥) ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص١٣٣.
(٦) الدسوقي ،حاشية الدسوقي ،ج٤،ص١٤٦.
(٧) المصدر نفسه،ج٤،ص١٤٨.

والمحكـوم له،قد يكـون المدعي،وقد يكون المدعى عليه ؛وذلك لأن المدعي يثبت دعواه بالحجـة والبينة ،والدفع من المدعى عليه دعوى،وهذه الدعوى تحتاج إلى بينة وحجة أيضاً،فهي دعوى قائمة بذاتها ،ونجد أن مجلة الأحكام العدلية،في المادة ١٦٣١ قد عرفت الدفع بأنه :"الدفع هـو أن يأتي المدعى عليه بدعوى،تدفع دعوى المدعي "وعرفه علي حيدر بأنه :"الإتيان بدعوى قبل الحكم أو بعده،من قبل المدعى عليه،تدفع أي ترد وتزيل دعوى المدعي ".(١)

وعرف الدفع بأنه :"جواب المدعىعليه على دعوى المدعي،ومعارضته له بدعوى،يقصد بها رد دعواه وإبطالها ،واسقاط الخصومة عن نفسه وقد يكون قبل الحكم،كما يكون بعده في حالات خاصة "(٢).

وقـد اتفـق الفقهاء المحدثون على أن الدفع دعوى ،فيشترط فيه سائر الشروط،التي يجب توافرها في الدعوى.(٣)

فـالدفع دعـوى وصـاحبها مدع،ومـن أقيمـت عليه مدعى عليه،فينقلب الحال أثناء الدعوى،فيصـبح المدعـي مدعىً عليه،والمدعى عليه مدعياً،وقد يحدث هذا أكثر من مرة في الدعوى،فعـندنا الدفع،ودفـع الدفع، ودفع دفع الدفع،مما قد يصعب الأمر في بعض الأحيان في الـتفريق بيـنهما،وقد شهد لذلك كبار الفقهاء والقضاة،قديماً وحديثاً،وأكثروا من وضع الضوابط للـتفريق بيـنهما،كما تقدم معنا في التفريق بين المدعي والمدعى عليه ،فمن فن القضاء وإتقانه الـتفريق بيـنهما،لدقة ذلـك وصعوبته في بعض الأحوال،وعليه فالإعذار يكون لمن ترجح أنه المحكـوم علـيه، وهو ما يسمى في الوقت الحاضر بقرار القرينة الذي يشعر بنتيجة الحكم ،وقد أكد ابن فرحون أن توجيه الإعذار للمحكوم عليه لا يشترط أن يكون للمدعى عليه بقوله :"ويحكم بعـد أن يسـأله أبقيـت لك حجة فيقول لا،فإن قال نعم انظره، والمحكوم عليه أعم من المدعي والمدعـى عليه،والمتـبادر للذهن هو المدعى عليه ؛ لأنه قد تقوى حجة المدعى عليه، فيتوجه الحكم على المدعي بالإبراء أو بغيره من وجوه الحكم ".(٤)

والإعـذار فـي بعـض الأحـيان،قد يغـير نتـيجة الحكـم؛ لذلـك قلنا أن من يرجح الحكم عليه،فقد يثير دفعاً يغير الحكم ويبدله لصالحه .

---

(١) حيدر ،شرح مجلة الأحكام العدلية ،ج٤، ص٢١١.
(٢) الدغمي ،دعوى التناقض والدفع في الشريعة الإسلامية ،ص١٥٥.
(٣) ذياب ،الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون ،ص٥.
(٤) ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص١٣٣.

-مشروعيته : ذكر ابن فرحون في التبصرة،أن الأصل في الإعذار مجموعة من الآيات،وهي :

١- "لأعذبنه عذاباً شديداً أو لأذبحنه أو ليأتيني بسلطان مبين "(١).

٢- " وما كنا معذبين حتى نبعث رسولاً "(٢) .

٣- "ولــو أنا أهلكناهم بعذاب من قبله،لقالوا ربنا لولا أرسلت إلينا رسولاً فنتبع آياتك من قبل أن نذل ونخزى "(٣) .

٤- "رسلاً مبشرين ومنذرين،لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل "(٤).

فهذه الآيات بمجملها تشير إلى أن من العدل الإلهي،أن لا يوقع العقاب إلا بعد إزالة العذر والحجــة ،وأن إيقاع العقوبة قبل الإعذار قد يلحق الظلم ،فقد يكون لمن وقع عليه العقاب عذر أو حجــة،وكذلك فــي الحكــم القضائي فلا يصح وقوعه،إلا بعد تثبت القاضي من أن الخصم الــذي تــرجح الحكــم عليه لا مطعن له ولا مقدح ولا دفع في البينة،التي صدر الحكم مستنداً إليها (٥) .

-حكم الإعذار :

اختلف الفقهاء في اشتراط الإعذار ووجوبه قبل إصدار الحكم.

فذهــب المالكية إلى أن الإعذار شرط في إصدار الحكم ،فإذا تخلف شرط الإعذار كان الحكم باطلاً،"ولايحكم القاضي إلا بعد الإعذار " (٦).

وقــيد بعــض المالكــية وجوب الإعذار،بجهل من يراد الحكم عليه،بأن له الطعن،أما إذا كــان يعلم،بــأن مــن ســيحكم علــيه عــالم بــأن لــه الطعــن لــم يجــب على القاضي إعذاره (٧) .

وقول آخر بأن للقاضي أن يحكم بدون إعذار،ثم يستأنف الإعذار ،فإن أبدى المحكوم عليه دفعاً أو طعناً نقض الحكم،وإلا بقي الحكم على حاله،ولا ينقض إن لم يكن للمحكوم عليه حجة أو دفع أو مطعن (٨) .

---

(١) سورة النمل ،آية ٢١.
(٢)سورة الإسراء ،آية١٥.
(٣) سورة طه،آية١٤٣.
(٤) سورة النساء ،آية ١٦٥.
(٥)ابن فرحون،تبصرة الحكام ،ج١،ص١٣٣.
(٦) الحطاب ،مواهب الجليل ،ج٦،ص١٣١.
(٧)الدسوقي ،حاشية الدسوقي ، ج٤،ص١٤٨.
(٨)المصدر نفسه، ج٤،ص١٤٨.

وهذا القول لا يتفق وحجية الحكم القضائي،فالحجية تقتضي احترام الحكم وإبعاده عن النقض، وهـذا القـول يجعـل نسبة كبيرة من الاحتمال لنقضه؛ لذلك علق عليه الدسوقي بقوله :"وهو لا يعادل الأول "(١) .

والمعـتمد فـي المذهـب عند المالكية أن الإعذار شرط ،ولذلك بوب ابن فرحون في التبصرة بقوله :" الوجوه التي يسقط فيها الإعذار "(٢).

والسـقوط لا يكـون إلا لأمـر قـد وجب ،والوجوه التي ذكرها المالكية ،والتي يسقط فيها الإعذار هي :

١- كـل مـن قامت عليه بينة بحق،من معاملة أو دعوى بفساد،أو غضب أو تعد،وكان من أهل الفساد الظاهر،أو من الزنادقة المشهورين .

٢- الشـهود المـبرزون فـي العدالـة،لا يسمع القدح فيهم إلا بالعداوة أو القرابة،وأما بغيرهم فيسمع.

٣- شهادات من يحضر مجلس الحكم، ويشهد ما وقع فيها من الإقرار والإنكار .

٤- شـهادات مـن يوجههـم الحاكم ومن يثق به من أهل البصر والنظر ؛ لأن القاضي طلب خبرتهم،واسـتعان بهم،فأخـبروه فـلا إعـذار فـيهم؛ لأن الإعـذار علـى الظـنون والتهمة للشـهود والقاضـي أقـام هـؤلاء الشـهود مقـام نفسـه،في سماع من طلب القاضي سماعه منهم .

٥- استفاضـة الشـهود والمشهود به عند الحاكم في الموت والنكاح والولاء والأحباس والضرر بين الزوجين وغيرها .

فالـتظاهر والاستفاضـة وكـثرة البينة العادلة،تجعل الإعذار معدوم الفائدة؛ لأنه لا يستطيع تجريح جميع الشهود،ولا يمكن الإتيان بما يسقط به شهادتهم .

٦- حكـم الحكمين؛ لأنهما يحكمان بما خلص إليهما بعد النظر والكشف،وليس حكمهما بالشهادة القاطعة ،فالاعتماد على النظر بما وصل إليهم . (٣)

---

(١) الدسوقي ،حاشية الدسوقي ،ج٤،ص١٤٨.
(٢) ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص١٣٥.
(٣) -الدسوقي ،حاشية الدسوقي ،ج٤،ص١٤٩.
-ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص١٣٥.

أما بقية المذاهب فالمعروف عن غير المالكية،أنهم لم يشترطوا الإعذار قبل إصدار الحكم،وأن هــذا الإجــراء ليس واجباً على القاضي (١) ،وبالتحقيق في بعض النصوص الواردة عندهم،فقد جاء في بعضها ما يؤخذ منه،أن الإعذار لا بد منه قبل إصدار الحكم.

ومــن نصــوص الحنفــية:" لأن حجية البينة على وجه يوجب العمل بها،موقوف على عجز المنكر عن الدفع والطعن فيها"(٢) .

فالنص أوقف العمل بالبينة على عجز المنكر عن الدفع والطعن فيها،وهذا لا يكون إلا بإعذاره.

ومــن الأسباب التي ذكرها الحنفية في عدم جواز القضاء على الغائب عدم تمكن الخصم من الطعن بالبينة المقدمة ضده من الخصم الآخر ،وإن كان الحنفية قد ذكروها على وجوب حضور الخصــم ،ولــيس علــى الإعذار إلا أنه يؤخذ منها احترامهم لحق الخصم في الطعن في البينة الموجهــة ضــده مــن الخصم الآخر ،وهذا لا يكون إلا بإعطاء هذه الفرصة وإعذاره ،وهذا لا يتمكن منه إلا بحضوره.

"لأن مع حضوره يحتمل أن يقر فيبطل حكم البينة،أو لا يطعن في البينة ويثبته ،ومع غيبته يشتبه وجه القضاء فلا يجوز "(٣) .

فالــنص لــم يجز القضاء على الغائب؛لأن القضاء لا يتضح وجهه إلا بسؤال المدعى عليه أله مطعن أو مدفع في البينة أم لا وهذا هو الإعذار .

"للمدعى عليه حق الطعن في البينة،والقضاء عليه حال غيبته،يبطل هذا الحق "(٤) .

فالنص اعتبر حق الطعن للمدعى عليه ،مما يلزم القاضي بإعطاء هذا الحق .

ومــن ذلك أيضاً شرح السرخسي لكتاب عمر لأبي موسى الأشعري حين ولاه القضاء حيث قال :"اجعل للمدعي أمداً ينتهي إليه،فإن أحضر بينة أخذ بحقه،وإلا وجهت القضاء عليه،فإن ذلك أجلــى للعمى وأبلغ في العذر،وفيه دليل على أن القاضي،عليه أن يمهل كل واحد من الخصمين، بقــدر مــا يتمكن من إقامة الحجة ،حتى إذا قال المدعي بينتي حاضرة،أمهله القاضي ليأتي بهم، فربما لم يأت بها في المجلس الأول،بناءً على أن الخصم لا ينكر حقه؛ لوضوحه فيحتاج إلى مدة ليأتــي بهم،وبعدمــا أقــام البيــنة،إذا ادعى الخصم الدفع،أمهله القاضي ليأتي بدفعه،فإنه مأمور بالتسوية بينهما في عدله "(٥) .

---

(١) – ياسين ،حجية الحكم القضائي ،ص٥٦.
– أبو البصل ،نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون،ص٣٣٥.
(٢) ابن الهمام ،شرح فتح القدير ،ج٦،ص٤٠٠.
(٣) المصدر نفسه ،ج٦،ص٤٠١.
(٤) المصدر نفسه ،ج٦،ص٤٠٢.
(٥) السرخسي ،المبسوط ،ج١٦،ص٦٣.

فـأكد الـنص علـى إمهال المدعى عليه وإعذاره؛ ليأتي بدفعه أو طعنه في البينة المقامة علـيه،وأن القاضي مأمور بإعذاره،والإعذار يكون للتسوية بين الخصمين والعدل بينهما،وما قام القضاء وتمّ نصبه إلا لإحقاق الحق وإقامة العدل والتسوية بين الخصوم .

"واجعل لمن يطلب حقا غائبا أم شاهداً أمداً ينتهي إليه،فإن أحضر بينة أخذ بحقه،وإلا استحللت عليه القضية ،يعني إذا استمهلك أحد الخصمين لإحضار بينة،أو لإبانة دفع فأمهله،واجعل له مدة معلومـة ،فإن جاء بذلك في تلك المدة،وإلا قضيت عليه ،ثم أشار إلى المعنى فيه فقال :فإنه أبلغ فـي العذر وأجلى للعمى "أما أبلغ في العذر "؛ لأن المدعي لا يمكنه أن يقول :كان لي دفع فعجل علـيّ القاضـي فلم يمكنني إحضاره ، "أجلى للعمى " ؛لأن القضاء بعد ذلك يكون عن بصيره لا عن ريبة واشتباه" . (١)

فالـنص جعـل إمهـال المدعى عليه للطعن في البينة ،وهذا الإمهال والإعذار ؛الهدف منه القضـاء عـن بصيرة، ولا يستطيع بعد الإعذار أن يقول المحكوم عليه،كان لي دفع فحكم علي القاضي ولم يعطني فرصة لإحضاره والدفاع عن نفسي،فيكون مطعناً في الحكم.

"وإذا أثبت للرجل عند القاضي حق بشهادة شهود وعدلوا عنده ،وجاء أوان القضاء فينبغي له أن يعلم المدعى عليه،فإن أتى من ذلك بمخرج قبل منه ،وإلا قضى عليه إذا طلب المدعي ذلك،وإنما قلنا إن يعلمه؛ لأن القاضي إنما يقضي بالشهادة،متى خلت من المعارض،وإنما يتحقق خلوها عن المعـارض بعجـز الخصـم،ولا يتحقق عجزه عن المعارض ما لم يعلمه بوجه الحق،ثم لا يأتي بمعارض،فـإن أراد أن يعلمه كيف يعلمه،قال بعضهم: يقول له إنه شهد عندي فلان وفلان عليك بكذا،وعـدلا وثبـت الحق عندي،فاخرج عن ذلك بدفع أن كان عندك،وإلا فاخرج عن حقه،وقال بعضـهم لا يقول ثبت الحق عندي؛ لأن هذا حكم منه وقضاء عليه،فلا يمكنه الدفع بعد ذلك،لكنه يقول شهد عندي وعدلا ووجب القضاء له عليك،فإن كان لك عن ذلك مخرج فأت به وإلا قضيت عليك " (٢) .

النص في الإعذار واضح،فلا يحكم القاضي إلا بعد سؤال من توجه عليه الحكم بالبينة التي قامـت علـيه،وإعطاؤه فرصـة للطعن في هذه البينة ، ولا يحكم بهذه البينة إلا بعد خلوها من المعارضة أو الدفع،وأن هذا لا يكون إلا بإعذار الخصم وعجزه عن الطعن.

---

(١) الحسام الشهيد ،شرح أدب القاضي للخصاف ،ص٢٨.
(٢) المصدر نفسه ،ص٢٨٢.

"ويمهله ثلاثة أيام إن قال المطلوب لي دفع، وإنما يمهله هذه المدة؛لأنهم كانوا يجلسون في كـل ثلاثـة أيام ،فإن كان يجلس كل يوم مع هذا أمهله ثلاثة أيام جاز، فإن مضت المدة ولم يأت بالدفع حكم "(١).

فبـين الـنص أن القاضي لا يحكم إلا بعد عجز من توجه عليه الحكم عن الإتيان بدفع .

أمـا الـشافعية فقد نصوا في شرحهم لكتاب عمر إلى أبي موسى الأشعري إلى أن القاضي يحل له القضاء بعد أن يعطي من ترجح الحكم عليه،أمداً ومهلة في جرح البينة أو الطعن بها،فإن لم يدفع حل عليه القضاء.

-"وإن شـهد له شاهدان عدلان عند الحاكم،وهو لا يعلم أن له دفع البينة بالجرح،قال له قد شهد عليك فلان وفلان،وقد ثبت عدالتهما عندي،وقد أمهلتك جرحهما ،وإن كان يعلم،فله أن يقول وله أن يـسكت،فإن قـال المشهود عليه لي بينة بجرحهما أنظِر ،فإن لم يأت بها،حكم عليه لما روي عـن عمر -رضي الله عنه-،أنه قال في كتابه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه واجعل لمـن ادعـى حقـا غائـبا أمدا ينتهي إليه ،فإن أحضر بينة أخذت له حقه ،وإلا استحللت عليه القـضية،فإنه أنفـى للـشك وأجلى للعمى ،ولا ينظر أكثر من ثلاثة أيام؛ لأنه كثير وفيه إضرار بالمدعي،وإن قال لي بينة بالقضاء أو الإبراء،أمهل ثلاثة أيام،فإن لم يأت بها حلف المدعي،أنه لم يقضه ولم يبرئه ثم يقضي له "(٢).

فالـنص أحل للقاضي الحكم بعد إعذار من ترجح الحكم عليه،فإن لم يدفع ولم يطعن حكم عليه،فمفهوم النص أن لا يحل الحكم إلا بعد الإعذار.

وإلا استحللت عليه القضية يحتمل معنيين:

أحدهما: أن يكون من الحلال ضد الحرام ،أي جعل لك أن تقضي عليه،ولم يحرم عليك.

الثاني: أن يكون من الحلول ضد التأجيل،أي قد وجب عليك وحان حلوله ولم يجز تأجيله (٣) .

أما الحنابلة فقالوا بأنه يستحب للقاضي إعذار من ترجح الحكم عليه،ومن نصوصهم في ذلك:

" فـإن ثبتا على قولهما،حكم بها إذا سأله المدعي؛لأن الشرط ثبات الشاهدين على شهادتهما إلى حـين الحكم،وطلـب المدعـي الحكم،وقد وجد ذلك كله،ويستحب أن يقول للمنكر،قد قبلتهما فإن

---

(١) علاء الدين أفندي ،تكملة رد المحتار ،ج٧،ص٤٣٠.

(٢) الشيرازي ، المهذب ،ج٣،ص٣٩٨.

(٣)ابن بطال ، محمد بن أحمد ،(ت٦٦٣هـ). النظم المستعذب في شرح غريب المهذب،والمطبوع بذيل المهذب ، (تحقيق الشيخ زكريا عميرات)،ط١، ١٩٩٥،دار الكتب العلمية ،بيروت ،ج٣،ص٣٩٩.

جــرحتهما وإلا حكمــت عليك،فإن جرحهما المشهود عليه كلف البينة بالجرح؛ ليتحقق صدقه أو كذبه،وإن سأل الإنظار أنظر ثلاثا ".(١)

فعــبارة ويــستحب أن يقــول للمنكــر قد قبلتهما فإن جرحتهما وإلا حكمت عليك نص في استحباب الإعذار .

" إذا عرف الحاكم عدالة الشهود واستحب قوله أي الحاكم للمشهود عليه،قد شهدا عليك فإن كان عندك ما يقدح في شهادتهم فبينه عند الريبة،فإن لم يقدح المدعى عليه في شهادتهما حكم عليه،إذا اتضح الحاكم واستنارت الحجة،وسأله المدعي ذلك فوراً "(٢) .

فــنجد أن الــنص الثاني قد قيد الإعذار في حالة الريبة ،فإذا ارتاب القاضي أعذر، وإن لم يــرتب القاضي في البينة ،واتضح له الحكم حكم على الفور،وقد أكد هذا الكلام في شرح منتهى الإرادات بقــوله:"ولا يكــره قــوله أي الحــاكم لمدعى عليه،ألك فيها دافع أو مطعن،بل يستحب قوله،قد شهدا عليك فإن كان لك قادح فبينه لي،وقيده في المذهب ،بما إذا ارتاب فيهما،فأن لم يأت بقادح،واتضح للحاكم الحكم،وكان الحق لمعين،وسأله أي الحاكم لزمه الحكم فوراً" (٣).

ويلاحظ من خلال النصوص المتقدمة للعلماء،أن الإعذار الذي ذكره المالكية واشترطوه قد ذكــره فقهــاء المــذاهب الأخرى،وإن لم يشترطوه ولم يذكروه بهذا الاسم ،ولكن معنى الإعذار ومــضمونه قــد ورد في نصوصهم جميعا،فمن أسباب إبطال الحنفية للقضاء على الغائب، فوات حقــه في الطعن في البينة،التي حكم بها عليه،فالقضاء عليه حال غيبته يبطل هذا الحق،كما ورد في النصوص المتقدمة عندهم ،و أن حجية البينة موقوفة على عجز المنكر عن الطعن، وأعطوا الحــق لمــن سيحكم عليه بالإمهال للطعن في البينة قبل الحكم عليه ،وهذا ما صرح به الشافعية أيضاً في النصوص التي وردت،بأن الحكم يحل للقاضي أصداره بعد إمهال من سيحكم عليه،فإذا لــم يــستطع جرح البينة والطعن فيها،حكم عليه ،كما أن الحنابلة قد أعطوا هذا الحق، واستحبوه بــأن يبــين القاضي للمنكر بأن الحكم قد توجه عليه،فإن كان يستطيع جرح البينة أو الطعن بها فلــيفعل،وإلا حكم عليه وأعطوه مهلة لذلك،فالإعذار ضمان من ضمانات تحقيق العدل والمساواة بــين الخــصوم ،فالإنسان الذي ترجح لدى القاضي أن الحكم قد توجه عليه،له الحق إن كان له مدفــع أو مطعن أو جرح أن يبينه،فقد يكون لديه ما يدفع به هذا الحكم عن نفسه، أو ما يثبت أنه ليس عنده شيء من ذلك،فيكون مستحقاً لهذا الحكم فيحكم عليه دون تأخير ،كما أن هذا يقطع

---

(١) ابن مفلح، المبدع،ج١٠،ص٨٢.
(٢) البهوتي ،كشاف القناع ،ج٦،ص٣٤٨.
(٣) البهوتي ،شرح منتهى الإرادات ،ج٣،ص٥١٨ .

الفرصة عليه،من القول أنه لم يعط الحق في الدفاع عن نفسه ،ويحمي القاضي من التهمة بالميل إلـــى أحد الخصوم ،فالإعذار إجراء لا بد منه في القضاء؛ لتحقيق المقصد الذي نصب من أجله القضاء،من إقامة العدل وقطع الخصومة وإيصال الحقوق لأصحابها .

وذكـــر الدكـــتور محمـــد نعيم ياسين،أن القوانين الوضعية ليس فيها ما يوجب على القاضي إعـذار الخـــصم الـــذي توجه عليه الحكم ،ولكن فيها ما يكفل للخصم هذا الحق،من خلال حرية الـــدفاع وهـــي صـــميم نشاط الخصوم،من دفوع شكلية وموضوعية،وحق الخصم في التعرض للبينات والأدلة التي يقدمها الطرف الآخر،كما أعطته الحق بالطعن فيها بالتزوير،أو الكذب ،كما تعرضت هذه القوانين لإبطال الحكم القضائي،إذا منع القاضي أحد الخصوم من حقه بالدفاع فحق الخصم في الدفاع أصل من أصول التقاضي في هذه التشريعات،وما مبدأ المواجهة بين الخصوم إلا مـــن مقتـــضيات هـــذا الحق ،فأي حكم قضائي يصدر مخالفاً لمبدأ حرية الخصم في الدفاع، والطعن في الأدلة والبينات المقدمة ضده،يبطل ويفقد صفة الحجية القضائية . (١)

وقـــد أكد هذا المعنى فارس خوري في أصول المحاكمات الحقوقية،وبين أن حرية الدفاع من القواعد التي تفتخر بها هذه الأصول القضائية، وأنها ضمانة لمنع الظلم،الذي يحصل بالحكم على حكايـــة طرف واحد ،فالإنسان يكره أن يفاجأ بحكم،دون أن يفسح له مجال للدفاع عن نفسه ،وقد شدد القانون على هذا الشرط حتى ألزم المحكمة وأوجب عليها أن تسأل الخصوم عن أقوالهم قبل خـــتم المحاكمة ، وأن يعلن أنه لم يبق لهما كلام ، وأن عدم سؤال الطرفين عن أقوالهما الأخيرة قبل ختام المحاكمة سببٌ كاف لنقض الحكم .(٢)

وهـــذا الـــذي ذكره فارس خوري،ما هو إلا الإعذار لمن توجه الحكم إليه قبل صدور الحكم، واعتبار الحكم باطلاً إذا لم يتم إعذار المحكوم عليه ،فإعذار الطرفين قبل صدور الحكم بسؤالهما عـــن أقـــوالهما الأخيرة،هو في حقيقته سؤال لمن توجه إليه الحكم،إن كان له مطعن أو دفع في البينات،التي يستند إليها الحكم عليه ،أما المحكوم له الذي ترجح أن الحكم لصالحه،فلن يضيف أو يطعن فيما كان سبباً في توجه وترجح أن الحكم لصالحه .

---

(١) ياسين ،حجية الحكم القضائي ،ص٥٦.
(٢) خوري ،أصول المحاكمات الحقوقية ،ص٢٢٨.

- المطلب الثاني: بطلان الحكم لخلل في صيغته :

يشترط في صيغة الحكم القضائي،حتى يعبر عن مقصوده ما يلي :

١- أن يصـــدر القاضي الحكم بصيغة وألفاظ محدودة وواضحة الدلالة على المراد،خاليه من الإبهـــام والغموض ،حيث لا يمكن تنفيذ حكم يفصل الخصومة،إذا لم تكن الصيغة الدالة عليه واضحة ومفهومة . (١)

٢- أن تكـــون الصـــيغة دالة على الإلزام والحسم والتأكيد ؛وذلك لأن القضاء نصب لفصل الخصومة وحسم النزاع ،وهذا لا يتحقق إلا بالإلزام. (٢)

٣- أن يكون نص الحكم موافقاً للدعوى والبينة،ويحصل هذا التوافق بثلاثة أمور :

١- نص الدعوى المسموعة شرعاً ،وهو ما يطلبه المدعي ومحل التنازع .

٢- مضمون الحجة المعتبرة شرعا،ويشترط مطابقتها للدعوى ابتداءً .

٣- نص الحكم وينبغي أن يوافق الأمرين السابقين .(٣)

فـــإذا اختل شرط من شروط الصيغة،فكانت مبهمة أو غير واضحة،أو لا تدل على إلزام المحكوم عليه بالحكم،أو لم يكن هناك توافق بين الحجة والدعوى وبين الحكم،كان سبباً في بطلانه .

---

(١) -الشربيني،مغني المحتاج، ج٤،ص٣٩٤.
-زيدان ،نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ،ص٢١٨.
- عمر ،أصول المرافعات المدنية والتجارية ،ص١٠٧٠.
- أبو الوفا ،أصول المحاكمات المدنية ،ص٦٣٨.
- مبارك، شرح قانون الإجراء الأردني ،ص٣٧.

(٢) -ياسين ،حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ،ص٥٣.
-ياسين،نظرية الدعوى ،ص٦٤٧.

(٣) أبو البصل ،نظرية الحكم القضائي ،ص٣٤٧.

-المطلب الثالث : بطلان الحكم لإصداره سراً :

حيــث يشترط في الحكم أن يصدر علانية،وقد تقدم الكلام في علانية المحاكمة،وأنه يمكن أن تكــون المحاكمة سراً إذا كان ذلك محافظة على النظام العام،أو مراعاة للآداب العامة ،أو حفاظاً علــى حــرمة الأسرة،أو بناءً على طلب أحد الخصوم،إلا أن هذا لا يشمل إصدار الحكم ،فالحكم يجــب أن يصـــدر علنا،حتى لو جرت المحاكمة سراً،"ويستحب أن لا يحكم إلا بحضرة الشهود؛ ليستوفي بهم الحقوق،ويثبت بهم الحجج والمحاضر " (١).

وقــد أكــدت على ذلك قوانين أصول المحاكمات،حيث نصت المادة الثامنة والخمسون بعد المائـــة من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني،الفقرة الثانية على أنه :"بعد ختام المحاكمة، على المحكمة أن تنطق بالحكم علانية ".

والــنطق بـــالحكم هـــو تلاوة منطوقه،مع أسبابه شفوياً بالجلسة،ويتعين أن يتم النطق في جلسة علنية ولو حصلت المرافعة سرية،وإلا كان الحكم باطلاً (٢) .

وعلــيه فمبدأ العلنية شرط في إصدار الأحكام،فإذا صدر الحكم مخالفاً لهذا المبدأ كان باطلاً، سواء كانت المحاكمة علنية أو كانت سرية لأي سبب من الأسباب .

---

(١) ابن مفلح ،المبدع ،ج١٠،ص٤٤.
(٢)أبو الوفا ،أصول المحاكمات المدنية ،ص٦٦٣.

-المطلب الرابع:بطلان الحكم لعدم اشتماله على المحتويات الواجب توافرها فيه:

وضـــعت قوانيـــن أصول المحاكمات محتويات لا بد من توافرها في إصدار الحكم ،وقد بينـــت هـــذه المحـــتويات المادة الستون بعد المائة من قانون أصول المحاكمات المدنية ونصها : "يجـــب أن يبيـــن فـــي الحكـــم المحكمـــة التي أصدرته،وتاريخ إصداره،ومكانه،وأسماء القضاة الذيـــن اشـــتركوا فـــي إصـــداره،و حضروا النطق به،وأسماء الخصوم بالكامل،وحضورهم أو غـــيابهم، وأســـماء وكلائهم،كمـــا يجـــب أن يشـــتمل الحكم على عرض مجمل لوقائع الدعوى، وطلبات الخصوم، وخلاصة موجزه لدفوعهم الجوهرية وأسباب الحكم ومنطوقه .

ووضـــحت هذه المحتويات المادتان الثالثة بعد المائة والرابعة بعد المائة من أصول المحاكمات الشرعية :

المادة١٠٣: "يكون الحكم مكتوبا ومؤرخا،وموقعا من القاضي ،وعلى القاضي أن يدرج في متن القرار،علل الحكم وأسبابه والنصوص التي استند إليها".

المـــادة ١٠٤:" يـــنظم الإعلام مشتملاً على اسم القاضي،والفرقاء،وموضوع الدعوى،والأسباب الثبوتـــية،والقرار يكـــون مؤرخـــا بـــتاريخ صدوره،وموقعا من القاضي،ومختوما بختم المحكمة الرســـمي،ويجب إعطاء صورة عنه،خلال عشرة أيام من تاريخ طلبه خطيا،على أن تعد المحكمة سجلاً خاصا لقيد الطلبات" .

وقـــد نصـــت هـــذه الأصول،على أن الحكم يجب أن يصدر،باسم السلطة السياسية ،ومصدر الســـلطات في الدولة،فنصت المادة الثانية والسبعون من الدستور المصري على أن يصدر الحكم باسم الأمة أو الشعب (١) .

وهـــذا مـــا نصت عليه المادة السابعة من الإعلام الدستوري،الصادر سنة ١٩٥٣،والمادة الخامســـة والخمســـون بعـــد المائـــة من الدستور لعام ١٩٧١،وفي المادة الثانية والسبعين على أن " تصدر الأحكام وتنفذ باسم الشعب "(٢) .

وذكـــر خـــوري في أصول المحاكمات الحقوقية،أن الحكم يجب أن يتضمن عنوان صاحب الحاكمية العليا في البلاد،وهو القوة التي استمدت منها المحكمة حق الحكم،كالملك أو الشعب.(٣)

---

(١) عمر ،أصول المحاكمات المدنية ،ص١٠٨٩.
(٢) الشواربي ،الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية ، ص٦٢٧.
(٣) خوري ، أصول المحاكمات الحقوقية، ص٥٢٥ .

كمـــا نصّـــت المـــادة السابعة و العشرون من الدستور الأردني،على أن يصدر الحكم باسم حضرة صاحب جلالة الملك المعظّم .

ونصـــها :"السلطة القضائية تتولاها المحاكم على اختلاف درجاتها ،وتصدر جميع الأحكام وفق القانون باسم الملك ".(١)

وهـــذه المحـــتويات تكـــاد تتفق عليها أكثر قوانين أصول المحاكمات،ويجب أن يكون الحكم مســـتكملاً لهذا البيانات والمحتويات،وأي نقص فيها يترتب عليه بطلان الحكم ،ويجب أن يشتمل الحكـــم علـــى بـــيانات جوهرية،مثل المحكمة التي أصدرته ومادة النزاع التي فصل فيها الحكم، وتاريخ ومكان إصدار الحكم،وأسماء الخصوم وصفاتهم ومواطنهم،وخلاصة ما استدلوا عليه من الأدلة الواقعية والحجج القانونية،ومراحل الدعوى وحيثيات الحكم ومنطوقه،وتوقيع رئيس الجلسة وكاتبها (٢) .

وتتلخص هذه البيانات بما يلي :

١-صـــدوره باسم صاحب السلطة السياسية العليا،في البلد الذي استمدت منه المحكمة حق الحكم، وهو في الدستور الأردني،حضرة صاحب الجلالة الملك المعظم .

٢-اسم المحكمة التي أصدرت الحكم ومكان إصدار الحكم وتاريخه.

٣-اســـم الهيئة التي أصدرت الحكم إذا كان أكثر من قاض،واسم القاضي الذي أصدر الحكم إذا كان منفرداً .

٤-أســـماء الخصـــوم وأطراف النزاع بالكامل ،واشترط القانون المصري كما تقدم ذكر الموطن والعنوان للخصم .

٥-عرض مجمل لوقائع الدعوى وطلبات الخصوم.

٦-خلاصة موجزة لدفوعهم الجوهرية .

٧-أســـباب الحكم ومنطوقه ومستنداته،والمواد والنصوص القانونية،التي استند عليها القاضي في حكمه .

٨-أن يكون موقعاً من القاضي ومختوماً بخاتم المحكمة الرسمي .

ويلاحظ على البيانات العامة للحكم القضائي ما يلي :

١-لا يشترط أن تأتي هذه البيانات بترتيب معين إذا تمت مخالفتها يبطل الحكم .

---

(١)الزعبـــي،خالد ســـمارة،(١٩٨٤).مجموعـــة القوانيـــن والأنظمـــة المطـــبقة فـــي وزارة الداخـــيلة حـــتى عام١٩٨٤،ص٢٨

(٢) الشواربي ،الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية ،ص٦٢٥.

٢-لا يـــبطل الحكـــم لعـــدم اشتماله على بيان،لم يتطلبه القانون أو لم يرتب جزاء البطلان على تغيبه ،فمثلاً لا يبطل الحكم لعدم بيان رقم الدعوى .

٣-يجب أن تستكمل ورقة الحكم جميع البيانات والعناصر الشكلية .

٤-إذا لـــم ينص القانون على البطلان؛ لتخلف بيان من بيانات الحكم القضائي،فإنه يجوز معرفة هل تحققت الغاية من هذه البيانات أم لا،ويحكم بالبطلان أو بعدمه حسب مقتضى الحال .(١)

---

(١) عمر ،أصول المحاكمات المدنية والتجارية ،ص١٠٩٣.

-المطلب الخامس : بطلان الحكم لعدم تسبيبه :

والتسبيب : وهو بيان ما أقنع القاضي بما قضى به،وجعله يتجه في حكمه الاتجاه الذي اطمأن إليه ، فالأسباب تشمل الحجج القانونية،والأدلة الواقعية التي يبنى عليها الحكم .(١) .

فتسبيب الحكم هو إبداء الحجج الواقعية والقانونية،التي بني عليها الحكم،وعرف أيضاً بأنه تعليل الأحكام بالعلل،التي حملت القاضي أو هيئة المحكمة على الحل الذي انتهت إليه،وقررت الحكم به،وإعلانه على سبيل الأمر والإلزام،ويعد التسبيب من أشق المهام الملقاة على عاتق القاضي؛ لأنها تتطلب منه فضلاً عن اقتناعه بما توصل إليه من قضاء،أن يقنع به أصحاب الشأن،وكل من يطلع على حكمه ،وهذا يتطلب من القاضي حسن الاطلاع على جميع وقائع الدعوى،وخباياها وكافة الأوراق والمستندات والحجج المقدمة إليه،وأنه استخلص الوقائع الصحيحة منها وحكم بموجبها .

وفي التسبيب ضمان لعدم تحيز القاضي؛ حتى لا يصدر أحكامه متأثراً بعواطفه،كما تمكن الشخص الذي خسر دعواه،من دراسة الحكم إذا أراد الطعن به ،وهو من ضمانات استقلال القضاء ،ومظهر لقيام القاضي بواجبه وبعده عن التهمة والشك والشبهات،وبث الثقة والطمأنينة في نفوس المتقاضين،ويمكن المحكمة العليا من تقدير الأحكام المطعون فيها ومراقبتها .(٢)

وقد نصت المادة الستون بعد المائة من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، والمادة الثالثة بعد المائة من قانون أصول المحاكمات الشرعية،على أنه لا بد من أن يتوفر في متن قرار الحكم، علل الحكم وأسبابه،والنصوص والمواد القانونية التي استند إليها .

وقد أكد الفقهاء على ضرورة التسبيب،وانه لا بد من تسمية الشهود ،فقد يكون للمحكوم عليه فيهم مطعن أو جرح يستوجب نقض الحكم . (٣)

ويعتبر التسبيب سبباً في استقرار الحكم القضائي وصيانته من النقض.(٤)

ومع ذلك لم يشترط الفقهاء التسبيب للحكم،ولم يلزموا به إذا كان هذا الحكم صادراً عن قاضٍ أهل لإصداره،إلا أن هناك بعض الحالات،لا بد من التسبيب فيها،ويجب على

---

(١) أبو الوفا ، أصول المحاكمات المدنية ،ص٦٦٥.
(٢) الرواشدة ،ضمانات استقلال القضاء في الفقه الإسلامي ،ص٣٣٢.
(٣) -ابن الهمام ، شرح فتح القدير ،ج٦،ص٣٨٥.
-الحسام الشهيد ،شرح أدب القاضي للخصاف ،ص٦٠.
-السرخسي ،المبسوط ،ج١٦،ص١٠٨.
-الدسوقي ،حاشية الدسوقي ،ج٤،ص١٦٣.
-ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص٣٩.
(٤) -الرواشدة ،ضمانات استقلال القضاء في الفقه الإسلامي ،ص٣٣٣.
- ياسين ،حجية الحكم القضائي ،ص٥٥.

القاضي أن يذكر في الحكم السبب الذي بناه عليه،وإن لم يذكر في هذه الحالات،ويبين مستنده كان الحكم باطلاً،ولا ينفذ،ومنها:

١- قاضي الضرورة،الذي عين لعدم وجود من تتوافر فيه الشروط الواجب توافرها في القاضي، لضرورة نصب القضاء وفصل الخصومات،ولكي لا تتعطل مصالح الناس،فهذا القاضي ملزم بتسبيب حكمه .

٢- في نقض الأحكام،فمن نقض حكماً بحجة مخالفته للأوضاع الشرعية،وجب عليه بيان مستنده في هذا النقض ،وإلا لم يكن نقضه حجة .

٣- في حال اعتماد القاضي على علمه الشخصي،كسبب للحكم وذلك دفعاً للتهمة .

٤- القاضي الفاسق،وإن كان عالماً ؛ لأنه متهم بالخيانة،ولا يوثق به لفسقه.

٥- القاضي الجاهل؛ لأنه متهم بالخطأ،فقد يظن ما ليس مستنداً للحكم مستنداً .

٦- القاضي المقلد الذي لم يتبحر في مذهب إمامه لتهمة الخطأ .

٧- المحكم :لأنه لا يشترط فيه شروط القاضي،فقد لا يكون فقيهاً .

٨- كتاب القاضي إلى القاضي ضمن حدود الدولة الإسلامية،لا بد أن يحتوي على بيان أسباب الحكم،إذا كان بالنكول أو اليمين،بخلاف إذا ما ثبت بالإقرار .

وتسبيب الأحكام من الأمور الاجتهادية،التي يقدرها أولياء الأمور،حسب ما تقتضيه المصلحة،كغيرها من أصول وإجراءات التقاضي،فإذا أمروا بها كان ذلك أمراً واجباً شرعا،سيما أن الفقهاء قد عرفوا فكرة تسبيب الأحكام واستخدموها كلما كان هناك حاجة لاستخدامها.(١)

والتسبيب في عصرنا وأيامنا هذه ضرورة،فأكثر القضاة إلا من رحم ربي قضاة ضرورة،فلو جئنا نطبق ما اشترط الفقهاء في القاضي من شروط،لما وجدنا ما نسد به الحاجة فلا بد من التسبيب .

أما عند أهل القانون،فعدم تسبيب الحكم يعد سبباً في بطلان ذلك الحكم القضائي،فلا يقبل الحكم القضائي إلا مسبباً،بل وليس الحكم الفاصل في الخصومة فقط،بل كل حكم صدر بقبول أو

(١) –الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف ،ص٦٢.
–الجعلي ،سراج السالك شرح المسالك ،ج٢،ص٢٠١.
–ياسين ،حجية الحكم القضائي ،ص٥٤.
–أبو البصل ،نظرية الحكم القضائي ،ص٣٤٨.
–الرواشدة ،ضمانات استقلال القضاء في الفقه الإسلامي ،ص٣٣٣.

رفـض،لأي طلــب قدم إلى المحكمة تقديماً صحيحا،سواء كان ذلك الطلب أصليا أو عارضا من المحكوم له أو من المحكوم عليه . (١)

كمــا ألــزم أهــل القانون أن يكون التسبيب جدياً،فلا يجوز إبداء أسباب مبهمة أو غامضة أو مجملـــة،كما يلزم أن لا يكون هناك تناقض بين أسباب الحكم الواحد ،وإلا أصبح الحكم خالياً من الأســباب التـــي تبرره،كأن تذكر المحكمة في أسباب حكمها عن طريق فاصل بين عقارين،أنه مملوك لأحد الخصوم،ثم تذكر في موقع آخر من الأسباب،أنه من الأموال العامة، كما يلزم أن لا يكــون هناك تناقض بين أسباب الحكم و منطوقه،كأن تقضي المحكمة بالتعويض للمحكوم له ،ثم تبين في أسباب حكمها،أنه هو المسؤول عن الضرر الحاصل بسببه التعويض(٢).

(١) –أبو الوفا ،أصول المحاكمات المدنية ،ص٦٦٧ .
– الشواربي ،الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية ،ص٦٦٥.
(٢) أبو الوفا ،أصول المحاكمات المدنية ،ص٦٦٦.

-الفصل الرابع : آثار بطلان الحكم القضائي :

بعد دراسة ماهية بطلان الحكم وحقيقته ، ودراسة الأسباب المؤدية إليه ،لا بد من معرفة ما يترتب على البطلان من آثار وقد تقدم تعريفه بأنه:

وصـــف يلحـــق بـــالحكم القضائي؛لوجود عيب أو خلل في مقوماته ، أو في أصول و إجراءات التقاضـــي الخاصة به ، يؤدي إلى عدم اعتبار الشارع له ، وعدم ترتب آثاره المقصودة منه عليه واستحقاقه للنقص.

فالـــبطلان وصـــف للحكـــم القضـــائي يمنع ترتب الآثار التي قررها الشارع للحكم القضائي الصحيح ،ولكن تترتب عليه آثار يقصد بها أن يحال بينه وبين ترتب آثار الحكم الصحيح عليه ، وأن تـــرد الأوضاع الحقوقية إلى ما كانت عليه قبل صدوره،فهي آثار واقعية تحقق ذلك المقصد، وبعضـــها نظـــري ،كعدم حجيته ،واستحقاقه للنقض ،وعدم استحقاقه للتنفيذ ،واستحقاق الرجوع عنه، ومنها عملي ،كترتيب المسؤولية على مصدره ،ورد ما نفذ منه إن أمكن ،أو التعويض عما أحدثه من خلل وغير ذلك .

فكـــل مـــا كان من المتوقع أن يترتب على الحكم الصحيح ، من حجية الحكم ونفاذه وعـــدم جواز تعقبه ونحوه ، يترتب عكسه على الحكم الباطل ، فلا يحوز الحجية والحصانة التي يحوزهـــا الحكـــم الصـــحيح ، ولا يستحق التنفيذ ويجوز تعقبه والرجوع فيه ، ،وقد تناولت هذا الفصل في المباحث التالية :

-**المبحث الأول:**عدم حجية الحكم.

-**المبحث الثاني** : نقض الحكم:

-المطلب الأول: رجوع القاضي عن حكمه.

- المطلب الثاني : تعقب القاضي لأحكام غيره.

-المطلب الثالث : طرق الطعن في الأحكام القضائية.

-المطلب الرابع: مسؤولية القاضي عن خطئه الذي يستوجب نقض الحكم .

-**المبحث الثالث** : الحق في إعادة طرح النزاع مجددا أمام القضاء .

-**المبحث الرابع:**عدم استحقاق الحكم للتنفيذ .

-المبحث الأول : عدم حجية الحكم :

إن حجية الحكم القضائي موضوع واسع ، وقد تم دراسته من خلال بعض المؤلفات دراسة تفصيلية (١) ، والحجية حصانة وحماية للحكم،عرفها الفقهاء قديما ونصوا عليها ، واعتبروها سبباً في الحفاظ على هيبة القضاء واحترامه ، وهذا المبحث عدم حجية الحكم ، أثر من آثار البطلان ،فالحكم القضائي الباطل لا يستحق الحجية والحصانة،التي يحوزها الحكم الصحيح،وليس المقصود به دراسة الحجية بتفاصيلها الواردة في الكتب التي درست الحجية.

ولا تظهر فاعلية القضاء ، ولا تتحقق غايته،إن لم يكن موضع احترام وإلزام،وتنفيذ في الواقع ، فالقضاء يقوم على إلزام الخصوم،واستحقاق التنفيذ ، والنفوذ والإلزام يقتضيان الحصانة من الإبطال،فلا نفاذ لقضاء باطل .

والقضاء الذي يستحق تلك القوة ، هو الذي يلتزم بالغاية التي حددها الشارع الحكيم ،من إحقاق الحق وإقامة العدل ، فإن لم يحقق هذه الغاية،لا يستحق هذه القوة والحصانة ، ومن هنا فالنظام القضائي الأفضل،هو الذي يحقق الحصانة والحماية للحكم القضائي ، ويضمن العدالة ويعطي الحقوق لأصحابها ،فيوفق بين مصلحة الجماعة في الثقة بأحكام قضاتها ،ومصلحة الفرد في الحصول على العدالة .(٢)

-مفهوم الحجية :

الحكم القضائي هو محصلة تطبيق الحكم الشرعي،على الوقائع التي يدعيها الخصوم ، وتكشف عنها البينات،فهو جهد بشري يحتمل الخطأ من وجهين :

-الحصول على الحكم الشرعي من مصادره.

- تقدير الوقائع التي ادعاها الخصوم وتكشفها البينات .

وهذا يرد على أي حكم قضائي ، مهما كانت براعة القاضي ،فلا بد من حمل القضاء على الصحة ، وإهمال هذين الاحتمالين حتى لا يتعطل القضاء،وتتعطل مصالح الناس .

ومن هنا تحدد مفهوم حجية الحكم القضائي عند فقهاء المسلمين بأنه:" الظاهر من كل حكم صدر وفق الشروط الشرعية الصحة ، وتحقيق العدالة ،وبالتالي استحقاق التنفيذ ، وبناءً على هذا الظاهر،لا يلبى طلب أحد بإعادة النظر في القضية ،ولا يتأجل تنفيذ الحكم أو نقضه ،إذا

---

(١) -مثل:ياسين ،حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية .
والحمادي ،نظرية حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية ،وهي عبارة عن رسالة دكتوراه .
(٢) ياسين ،حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ،ص٥-٧.

كـــان هـــذا الطلـــب مبنـــياً على مجرد احتمال ،ولم يقترن بدليل مقبول يقتضي فائدة جديدة من الإعادة "(١).

وعرفـــت أيضـــاً بأنهـــا :" أن القاضي إذا عرضت منازعة أمامه ،في موضوع ما ،وتناضل الخصـــوم فـــيها ، وفحص القاضي أدلة كل خصم ومستنداته ووزنها ،ثم قال كلمته الفاصلة في موضـــوع هذه الدعوى ،فلا يجوز لأي من الخصوم،أن يعيدوا عرض النزاع مرة ثانية ،لمناقشة ما سبق أن فصل فيه ، ويمنع أيضاً القاضي الذي أصدر الحكم أن يعدل عنه ،كما يلتزم القضاة بعدم مناقشة ما سبق أن فصل فيه ."(٢)

ومـــا تقـــدم وصـــفٌ للحجـــية يبين المراد منها ، ولعل من الأنسب تحديد الحجية كمفهـــوم بـِ :" وصـــف للحكـــم القضائي،إذا صدر مستوفياً لأركانه وشروطه،يحميه من النقض والأبطال،ويجعلـــه مســـتحقاً للتنفـــيذ " والحكـــم القضائي الباطل لا يستحق هذا الوصف،وتلك الحصانة،ومن أهم آثاره فقدان هذه الحجية .

وهـــذا لا يعنـــي أن يكـــون الحكم مقدساً إلى درجة لا يمكن معها نقضه ،وإنما هو معـــرض للـــنقض والإبطال ،إذا قامت الأدلة على مجانبته للصواب والحق ،فالشريعة لا تعترف بغير الحق،فالباطل منكر ،والمنكر يجب تغييره (٣) .

أمـــا القوانين الوضعية فعرفت الحجية بأنها :"فكرة قانونية مؤداها أن الحكم القضائي ،إذ يطبق إرادة القانون في الحالة المعينة ،فإنه يحوز الاحترام سواء أمام المحكمة التي أصدرته ، أو أمـــام المحـــاكم الأخـــرى ،بحيث إذا رفع أحد الخصوم نفس الدعوى،التي فصل فيها الحكم مرة أخـــرى تعيـــن عـــدم قبولها ،وإذا ما أثير ما قضي به الحكم أمام القضاء،وجب التسليم به دون البحـــث بـــه مجدداً "(٤) . ولا سبيل عندهم إلى إبطال حكم قضائي،إذا صدر مستوفياً لشروطه من حيث الشكل، حتى لو تبين بالدليل القطعي مجانبته للحق.

وممـــا يخفـــف مـــن هذا التشدد ، نظام التقاضي الذي يسمح بالتقاضي أكثر من مرة في الخصومة الواحدة بتعدد درجات القضاء، ولا يرون هذا مساساً بالحجية.

ويـــرى الدكتور محمد نعيم ياسين،أن هذه الحجية لا تكون إلا للأحكام النهائية فـــي القوانيـــن الوضـــعية ، وعدم حجية الأحكام غير النهائية،لا يعطي الحق لأي محكمة بإعادة

---

(١) ياسين ،حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ،ص١٠.
(٢) الحمادي ،نظرية حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية ،ص٧١.
(٣) ياسين ،حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ،ص١١.
(٤) المصدر نفسه ،ص١٢.

الـــنظر فـــيها ،وإنما يحصر الحق في ذلك للمحاكم المختصة كمحاكم الاستئناف ،ومخالفة ذلك مخالفـــة لقواعـــد الاختصــــاص لا للحجـــية ، وعليه فحجية الحكم القضائي تتفاوت عند القوانين الوضـــعية فـــي قوتهـــا بين مرحلة وأخرى ،فتبدأ ضعيفة أو منعدمة ،وتغدو قاطعة بعد استنفاذ الخصوم الفرص للطعن .(١)

أمـــا في الفقه الإسلامي فالأمر مختلف،فالحجية للحكم القضائي الصادر وفق الشروط الشرعية،لا تختلف قوة وضعفا في المرحلة التي يمر فيها الحكم ، وإنما يحوز الحكم الحجية من أول الأمر ،ويستحق التنفيذ ،ولا يجوز نقضه .(٢)

وحجية الحكم القضائي الصحيح المستوفي لشروطه معتبرة في الشرع،ومما يؤكد ذلك :

١- عـــن أبـــي بكـــرة عـــن النبي –صلى الله عليه وسلم – أنه قال :"لا يقضين أحد في قضاء قضاءين ، ولا يقضي أحد بين خصمين وهو غضبان".(٣)

وفي لفظ آخر :"لا يقضي القاضي بين اثنين وهو غضبان،ولا يقضين في أمر قضاءين" .(٤)

–وجه الدلالة : أن الخصومة المعروضة على القضاء،التي تم الفصل فيها بحكم قضائي،لا ينبغي أن تعـــرض مـــرة أخرى عليه،ويمتنع على القاضي الذي أصدر الحكم في النزاع،أن يعدل عنه ويحكـــم بحكم آخر،حتى تنقطع الخصومة ويحسم التداعي،وبغير ذلك لا يكون الحكم القضائي قد حقق غايته،بقطع النزاع وحسم الخصومة .(٥)

٢- وذكـــر عن الشعبي قال:" كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقضي بالقضاء ثم ينزل القـــرآن بغـــير الـــذي قضــــى،فلا يرد قضاءه ويستأنف"(٦) . وعلق الحسام الشهيد على الحديث بقوله:" أن التغيير بعد التقرير نسخ ،والنسخ يؤثر في المستقبل ولا يؤثر في الماضي" .(٧)

فبيـــن أن الحكـــم القضـــائي الذي سبق نزول القرآن،لا يؤثر فيه النسخ،وإنما أثره يظهر في القضـــايا والحـــوادث المســـتجدة،التي تحدث بعد تغير الحكم الشرعي،فيحكم في القضايا الجديدة بالحكم الشرعي الجديد،وما تم الحكم به مسبقا،لا ينقض ويبقى على حاله،وهذا نص صريح على حجية الحكم القضائي .

---

(١)ياسين ،حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ،ص١٢
(٢)المصدر نفسه،ص١٣.
(٣) –النسائي ،سنن النسائي،كتاب آداب القضاء ،باب النهي عن أن يقضي في قضاء بقضائين ،ج٨،ص٢٤٧.
(٤) الدارقطني ، سنن الدارقطني ، كتاب الأقضية والأحكام ،ج٤،ص٢٠٦.
(٥) الحمادي ،حجية الحكم القضائي ،ص٩٠ .
(٦) –الحسام الشهيد ،شرح أدب القاضي للخصاف ،ص٢٣.
وقد أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف.
–ابن أبي شيبة،أبو بكر،(ت٢٣٥).المصنف في الحديث والآثار،ط١،دار التاج،بيروت،١٩٨٩م،ج٦،ص١٤.
(٧) الحسام الشهيد ،شرح أدب القاضي للخصاف ،ص٢٣.

٣-أن الاجتهاد لو نقض بالاجتهاد ،لنقض النقض،ونقض نقض النقض أيضا،ولتسلسل الأمر،فلا يقف عند حد،فتضطرب الأحكام ولا يوثق بها ،فتفوت المصلحة من نصب القضاء.(١)

٤- "ولأن الاجتهاد الثاني كالأول،والأول تأيد باتصال القضاء الأول به،فلا ينتقض باجتهاد لم يتأيد به؛لأنه دونه ،والقضاء حق الشرع فيجب صيانته،ومن صيانته أن لا ينتقض،ولا يعترض عليه " (٢) . وهذا نص صريح يدل على احترام مبدأ حجية الحكم القضائي، ووجوب صيانته،من التغيير أو النقض أو الإبطال أو حتى الاعتراض عليه .

٥- أن الأصل في القضاء الحمل على الصحة،ما لم يثبت الجور،والتهاون في حجية الحكم القضائي،خطر ينعكس على القضاة،وعلى العمل القضائي بشكل عام،ويفقد الثقة عند الناس بهذا القضاء،فقد جاء في التبصرة :"ويحمل القضاء على الصحة،ما لم يثبت الجور،وفي التعرض لذلك ضرر بالناس،ووهن للقضاة،فإن القاضي لا يخلو من أعداء،يرجمونه بالجور،فإذا مات أو عزل،قاموا يريدون الانتقام منه،بنقض أحكامه،فلا ينبغي للسلطان أن يمكنهم من ذلك"(٣) .

٦-أن الحجية مبدأ يتفق مع مقاصد الشريعة من نصب القضاء،وينسجم معها والتي منها :

-أولا : منع تجدد الخصومات والمنازعات :

فالقاضي عندما تعرض عليه منازعة ،لا يفصل فيها إلا بعد تمحيصها ، والاستماع إلى دفاع الخصمين وبيناتهم ، ثم يصدر حكمه في هذه الخصومة والمنازعة،وهذا الحكم يحوز حجية، لا يستطيع بموجبها أي من الخصمين عرض هذه الخصومة مرة أخرى أمام القضاة؛إذ أنها قد حسمت بحكم قضائي .

-ثانيا: مراعاة استقرار الأحكام القضائية :

فإذا لم يتمتع الحكم القضائي بالحجية،يستطيع أي خصم لا يروق له الحكم،أن يرفع المنازعة مرة أخرى أمام القضاء،و يستصدر حكما جديداً على حسب هواه،وإلا أعاد الكرة،ورفع الدعوى

---

(١) - ابن عابدين ،رد المحتار ،ج٥،ص٤٠٢.
-الميرغناني،الهداية شرح البداية،ج٦،ص٣٩٦.
-ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٥٧.
-الفتوحي ،شرح الكوكب المنير ،ص٦١٢.
-السيوطي ، الأشباه والنظائر ،ج١،ص١٠٢.
-الغزالي،المستصفى،ج٢،ص٣٨٠.
-ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص٥٩.
(٢) الميرغناني،الهداية شرح البداية ،ج٦،ص٣٩٦.
(٣) ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص٥٩.

مـــن جديد،وعلـــيه فلا يستقر حكم قضائي ،وتتناقض الأحكام؛لأن الحكم الذي رضي به،يخالف الحكم الذي سخط منه،وهذا يخل بالاستقرار والطمأنينة للأحكام القضائية،ويؤدي إلى التسلسل.

-ثالثاً : الحفاظ على ولاية القضاء وصيانتها من العبث :

وذلك أن إعطاء فرصة إعادة النزاع،أمام المحكمة فيما فصلت فيه،يهدر ثقة المجتمع بالقضاة وعدالـــتهم،كما أن تغييـــر الحكم القضائي الفاصل وتعديله،يؤدي إلى عدم تصديق القاضي على قـــضائه،وهذا يعـــرض ولاية القضاء للعبث،وإلى عدم ثقة المكلفين في عمل القاضي،إذا لا يأمن الخصوم على أحكامهم،من تغيير القاضي لها،كما أن إسباغ الحجية على الأحكام القضائية،يصون القـــضاء،ويمكن القـــضاة من التفرغ للفصل في الخصومات الجديدة والمستقبلة،والقول بغير ذلك يؤدي إلى إطالة أمد النزاع ،وعدم قدرة القضاة على الفصل في الخصومات الجديدة .

- رابعاً : تغليب المصلحة على العدالة :

فالعدالـــة واجـــبة فـــي الحكـــم القضائي،والحكم القضائي لا يصدر إلا بعد تحقق القاضي من دعاوى الخصوم وبيناتهم ومستنداتهم .

ورغـــم ذلـــك يبقـــى الحكـــم القضائي جهداً بشرياً،ولا تتحقق معه العدالة المطلقة ،فالعدالة المطلقـــة فـــي الأحكـــام القضائية،لا يمكن أن يصل إليها القاضي حين ينظر في الخصومة،فقد يبهـــره بلاغـــة المدعـــي وفصاحته،فيتصور الباطل حقاً ،فيقضي بالمدعي به بناءً على الظاهر للمدعـــي،ويكون الحق في الباطن للمدعى عليه،وهذا ما أكده المصطفى -صلى الله عليه وسلم- في حديث أم سلمة المتقدم .

"إنما أنا بشر،وإنه يأتيني الخصم،فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض،فأحسب أنه صادق فأقضي له بذلك ، فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار ، فليأخذها أو ليتركها " . (١)

ومـــصلحة الجماعـــة والمجتمع،تقتـــضي أن لا يـــثار النزاع مرة أخرى،وأن تغلب مصلحة الجماعة،فـــي المحافظـــة على هيبة القضاء،وأن يقف التقاضي عند حد معين،وهو صدور الحكم القـــضائي،فعدم إسباغ الحجية على الحكم القضائي،يستلزم مفسدة راجحة على المصلحة المترتبة مـــن البحث عن العدالة المطلقة،وذلك بالسماح بطرح النزاع مرة أخرى على القضاء،مما يؤدي إلى عدم استقرار الأحكام،وضياع الحقوق ودوام التشاحن بين الخصوم .

---

(١) سبق تخريجه ،ص١٧.

-خامساً : مراعاة استقرار الحقوق والمراكز الشرعية،الذي يرتبها الحكم القضائي،وإذا مكنّا من خسر دعواه،من إعادة طرح النزاع أمام القضاء،ليفصل في القضية مرة أخرى،قد يرتب صدور مراكز قانونية جديدة للخصوم،تتعارض مع المراكز التي حددها الحكم السابق . (١)

وهذه الحجية التي تحدث عنها الفقهاء إنما تكون للحكم الصحيح المستوفي لشروطه وأركانه،أما الحكم الباطل فلا يستحق هذا الوصف وهذه الحصانة . (٢)

وقد تظافرت نصوص الفقهاء،التي تؤكد على عدم حجية الحكم القضائي الذي لم يستوف شروطه ،ومنها :

-" وإذا قضى بقضاء،ثم بدا له أن يرجع عنه،فإن كان الذي قضى به خطأ لا يختلف فيه، رده وأبطله،يعنى إذا كان مخالفا لنص أو إجماع،فالقضاء بخلاف النص والإجماع باطل،وهو جهل من القاضي" ، فإن كان خطأ مما يختلف فيه،أمضاه على حاله،وقضي فيما يستقبل بالذي أدى إليه اجتهاده،ويرى أنه أفضل؛لأن القضاء الأول حصل في موضع الاجتهاد فنفذ،ولزم على وجه لا يجوز إبطاله،والأصل فيه ما رُوي أن عمر رضي الله عنه،كان يقضي في حادثة بقضية،ثم ترفع إليه تلك الحادثة،فيقضي بخلافها،فكان إذا قيل له في ذلك،قال تلك كما قضينا،وهذه كما نقضي،وقال الشعبي رحمه الله :حفظت من عمر رضي الله عنه،في الحد سبعين قضية،لا يشبه بعضها بعضا وبهذا يتبين أن الاجتهاد،لا ينقض باجتهاد مثله، ولكنه فيما يستقبل،يقضي بما أدى إليه اجتهاده" (٣)

فالنص أجاز الرجوع عن الحكم،إذا كان الذي قضى به خطأ لا اختلاف فيه ،أما إذا كان فيه اختلاف أمضاه ،وقضى في الحوادث المستقبلة،بما ظهر له في اجتهاده واستدل بفعل عمر،وقوله الذي يدل على حجية الحكم وثباته ،وأن ما تغير فيه اجتهاده ففيما يستقبل .

-" وإذا رفع قضاء القاضي بعد موته أو عزله،إلى قاض يرى خلاف رأيه،فإن كان مما يختلف فيه الفقهاء أمضاه؛لإجماع الناس على نفوذ قضاء القاضي في المجتهدات،فلو أبطله القاضي الثاني،كان هذا منه قضاء بخلاف الإجماع،وإن كان القضاء الأول خطأ لا يختلف فيه الفقهاء أبطله؛لأنه بخلاف الإجماع أو النص،ألا ترى أن الأول،لو وقف على ذلك من قضاء نفسه أبطله، بخلاف ما إذا تحول رأيه في المجتهدات"(٤).

---

(١) الحمادي ،حجية الحكم القضائي ،ص٧٨-٨٥.
(٢)وقد تقدمت الأدلة على وجوب إبطال الحكم إذا توفر فيه سبب من أسباب البطلان في مشروعية اعتبار البطلان من الكتاب والسنة والمعقول في الفصل الأول ،وهي ذات الأدلة على عدم استحقاق الحكم للحجية إذا لم يستكمل أركانه وشروطه ،وتوفر فيه سبب من أسباب البطلان .
(٣) السرخسي ،المبسوط ،ج١٦،ص٨٤ .
(٤) المصدر نفسه ، ج١٦،ص١٠٨.

فالـنص علـى أن القاضـي،إذا نقض ما خالف رأيه من أحكام غيره،كان هذا خلاف الإجماع ،فقد أجمع الفقهاء على نفاذ وحجية الحكم القضائي المبني على الاجتهاد ،أما إذا كان في الحكم خطأ،فلا يستحق الحجية ويجوز نقضه .

أما عند أهل القانون فقد بينوا أن الأحكام القضائية تحوز الحجية .

وحجـية الأحكام القضائية،تعني أن القانون يعترف للحكم القضائي بقوة أو فاعلية معينة، يصبح بمقتضاها حجة على الخصوم،في المسائل التي فصل فيها .

وأيضا تعني :"صلاحية هذا الحكم بأن يتمسك بالفوائد الناتجة عنه،لصالح شخص ضد شخص آخـر،وعدم جـواز طرح النزاع،الذي صدر فيه هذا الحكم مرة ثانية أمام القضاء " وقيل أيضاً بأنهـا :" رضـاء صادر من الخصوم بالحكم،فإذا ما قامت منازعة،واتفق الخصوم على عرضها أمـام المحكمة،ووصل فيها هذا الأخير لحكم،فإن حكمه يكون ملزماً للخصوم،بناءً على رضاهم السابق بطرح النزاع عليه،وهذا هو المعنى العقدي لحجية الشيء المقضي به"(١) .

وتوصـل من خلال مجموعة من التعريفات،إلى تعريف بأن الحجية تعني :"أن الحكم الصـادر مـن القاضي،يتعين التقيد به واحترامه من جانب الخصوم،ولا يجوز إعادة طرح ذات الموضوع،الذي فصل فيه مرة ثانية بذات عناصره أمام القضاء "(٢) .

وآثار حجية الشيء المقضي به أثران أحدهما سلبي والأخر إيجابي :

أمـا الأثر السلبي للحجية :فهو عدم جواز طرح ذات الدعوى أمام القضاء،بعد الفصل فيها وعدم جواز نظرها إذا رفعت بالفعل ،وتخلف شرط من شروط قبولها،وهو أن لا يكون قد سبق الفصل فيها ،ولا يجوز أن يضاف إلى الدعوى التي فصل فيها أدلة جديدة،سواء كانت واقعية أو قانونية، ليتمكـن من إعادة طرحها من جديد على المحكمة ،والمحكمة في هذه الحالة تحكم بعدم القبول، لسـبق الفصـل فـي الدعوى ، وعدم جواز إعادة النظر فيها حيث صدر فيها حكم قطعي،يقيد القاضي والخصوم،سواء الخصم الذي كسب الدعوى أو الذي خسرها .

وأمـا الأثـر الإيجابـي،وهو ضرورة احترام ما قضى به الحكم،وهذا يسري في مواجهة القاضـي والخصوم،فعليهم جميعا احترام هذا الحكم؛لأنه يعتبر الحل القانوني للنزاع ، ولا يجوز الطعـن بـه إلا بطرق الطعن المقررة قانوناً ،وفي حالات حددها وبينها القانون ،وحجية الشيء المقضـي مـن النظام العام،وللمحكمة الحق في إثارتها من تلقاء نفسها،دون طلب من الخصوم، ويجوز لأي صاحب مصلحة التمسك بعدم قبول الدعوى،لسبق الفصل فيها؛وذلك لأن الحجية أمر

---

(١)عمرو ،أصول المرافعات المدنية والتجارية ،ص٣٣٣.
(٢)المصدر نفسه،ص٣٣٣.

إذا تهـــاون فـــيه،يمس المصــــالح العامة،ويمس حسن سير القضاء،ويمس العدالة،فلا يجوز لأي شخص،مهما كانت صفته أن يرفع دعوى فيما سبق الفصل فيه،فإن ذلك يؤدي إلى الفوضى ومن أراد أن يتظلم،يلجأ إلى طرق الطعن التي حددها القانون (١) .

والحكـــم القضـــائي الـــباطل لا يستحق هذه الحجية و القوة التي تحميه من النقض، بل الأثر المترتب عليه عدم الحجية ، واستحقاقه للنقض والإبطال .

(١) عمر ،أصول المرافعات المدنية والتجارية ،ص٣٣٥.

-المبحث الثاني :نقض الحكم القضائي :

الأصـــل في الحكم القضائي الحجية الملزمة لطرفي النزاع،ولكل من له علاقة بهذا الحكم ، فلا يصح التعرض للحكم بالنقص والإبطال (١) .

لهـــذا كـــان على القاضي إعطاء القضية حقها من النظر والتثبت ،بتتبع وجوه الحق والاستقصاء للحجـــج والبيانات ، وتوثيق سير الإجراءات بكتابة الدعوى ، فيخرج الحكم وقد استوفى ما يجب لـــه مـــن أركـــان وشـــروط ، فـــلا يدع القاضي فرصة لأحد في النيل من هذا الحكم بنقض أو إبطال (٢) .

ومـــع هـــذه الاحتـــياطات لصـــيانة الحكم القضائي من النقض والإبطال، إلا أن الجهد البشـــري عرضة للخطأ ومجانبة للصواب ،فكان لا بد من نقض الأحكام القضائية،التي لم تحقق مقصود الشارع منها ،من إقامة العدل،وإحقاق الحق،وكما قال الإمام الشاطبي:"كل من ابتغى في تكالـــيف الشـــريعة غير ما شرعت له،فقد ناقض الشريعة ،وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له، فعمله باطل".(٣)

وقـــد تقـــدم فـــي الفصـــل الثانـــي وفـــي الفصـــل الثالـــث الأســـباب التـــي توجـــب بطـــلان الحكـــم القضـــائي ،وهـــي أسباب تعود إما إلى ذات الحكم ومقوماته،أو إلى إجراءات التقاضي،وهذه الإجراءات تعين القاضي على إتقان الأحكام وضبطها ، وتحقق العدالة ،فكانت لها هـــذه المـــنزلة بحيـــث أن الإخـــلال بها سبب في البطلان،وعليه فإذا وجد في الحكم ما يوجب بطلانه،فلا بد من إبطاله؛حتى لا يترتب عليه الآثار التي تترتب على الحكم الصحيح،من الحجية واستحقاق التنفيذ ونحوه .

وقـــد تقـــدم فـــي الفصـــل الثالث وجوب تسبيب الحكم،وإن الفقهاء قد عرفوا فكرة التسبيب وأشـــاروا إليها،إلا أن الحكم بالنقض والإبطال يكون التسبيب فيه ملزماً،فلا يكون النقض سبيلاً إلـــى الـــتهرب مـــن الأحكام ،ولئلا ينسب إلى القاضي المبطل للحكم الجور والميل والظلم،فعلى القاضـــي بيان السبب الذي بني عليه نقضه للحكم:"على الناقض بيان سبب نقض حكم الغير ،لئلا

(١)- مدكور ، القضاء في الإسلام ،ص٥٧

-الشامي، نظام القضاء والمرافعات في الشريعة الإسلامية ،ص٢١٠ .

-الزحيلي التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي ، ص٤٨٠ .

(٢) آل خنين ، المدخل إلى فقه المرافعات ،ص٩٧ .

(٣) الشاطبي،الموافقات،ج٣،ص١٢١.

ينســب إليه الجور واتباع الهوى "(١) ،فمن نقض حكما بحجة مخالفته للأوضاع الشرعية ،كان ملــزما ببــيان مستنده في هذا النقض ،وإلا لم يكن نقضه حجة لأن أمر النقض عظيم لا يستهان به.(٢)

ومــن الواجب على الحاكم مراقبة أحكام قضاته وتصفحها ،إما بنفسه أو بهيئة قضائية تكون مهمــتها مراقــبة الأحكــام القضــائية واستكمالها لشروطها وأركانها،وسيرها وفق الإجراءات الموضــوعة لهــذا الغرض ،وفي ذلك يقول ابن فرحون:"وينبغي للإمام أن يتفقد أحوال القضاة، فإنهم قوام أمره ورأس سلطانه،وكذلك قاضي الجماعة ،ينبغي له أن يتفقد قضاته ونوابه ،فيتصفح أقضيتهم ويراعي أمورهم،وسيرتهم في الناس ،وعلى الإمام والقاضي الجامع لأحكام القضاء ،أن يسأل الثقات عنهم ، ويسأل قوما صالحين ممن لا يتهم ". (٣)

ونقــض الحكــم إمــا أن يكون من نفس القاضي الذي أصدر هذا الحكم،أو من غيره ،ولهذا قسمت هذا المبحث إلى مطلبين :

---

(١) الجعلي،سراج السالك شرح أسهل الممالك،ج٢،ص٢٠١.
(٢) -ياسين ،حجية الحكم القضائي ،ص٥٤.
-أبو البصل،نظرية الحكم القضائي،ص٣٤٨.
(٣) ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٦١.

-المطلب الأول:رجوع القاضي عن حكمه:

-تحرير محل النزاع:

-مـا المقصـود بـالحكم ؟ المقصود الحكم الفاصل للخصومة(١)،أما القرارات فيجوز للقاضي الرجوع عنها؛لأنها لا تعتبر أحكاماً فاصلة في موضوع الخصومة،فليست في محل النزاع (٢).

-إذا تغير اجتهاد القاضي قبل إصدار الحكم،فيجب على القاضي الحكم بما تغير إليه اجتهاده؛لأن القاضـي مطالب بالحكم بالحق،وما تغير إليه اجتهاده يعتبر الحق عند هذا القاضي،فلا يجوز له الحكم بغيره،فهو مكلف بأن يبذل جهده في الوصول للحق،فإذا حكم بالاجتهاد السابق،فقد حكم بما يعـتقد أنـه باطل،وفي ذلك يقول ابن قدامة :"إذا تغير اجتهاده قبل الحكم،فإنه يحكم بما تغير إليه اجتهاده،ولا يجوز أن يحكم باجتهاده الأول؛لأنه إذا حكم به فقد حكم بما يعتقد أنه باطل"(٣)

-إذا تغـير اجـتهاد القاضـي بعد صدور الحكم،فإما أن يكون الاجتهاد الأول قد ناقض نصاً أو إجماعاً أو قياساً جلياً،فهذا ينقض فيه الحكم بلا خلاف ،إذ الاجتهاد لا يقوى على معارضة النص أو الإجمـاع(٤)،مع بعض القيود والتفصيلات في المذاهب،وقد تقدمت في بطلان الحكم لخلل في المستند .

وأمـا أن كـان اجتهاده لا يعارض نصاً أو إجماعاً، فهل يجوز له الرجوع عن هذا الحكم إلـى ما انتهى إليه اجتهاده في قضية حكم فيها سابقاً؟فهذا موضع اختلف فيه الفقهاء على أربعة أقوال:

-**القول الأول:** لا يجوز للقاضي الرجوع في حكمه بعد صدوره،إذا تغير اجتهاده في الواقعة التي حكـم بها،ويحكم بما انتهى إليه اجتهاده في الحوادث المستقبلة؛وذلك حفاظاً على استقرار الأحكام القضائية،وصـيانتها مـن النقض والإبطال،فالنقض في هذه الحالة يفقد الأحكام القضائية هيبتها

---

(١)-الحسام الشهيد ،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٣٢٦.
-مالك،المدونة الكبرى ،ج٤،ص٧٦.
-الشافعي،الام ،ج٦،ص٢٠٤.
-ابن قدامة،المغني،ج٩،ص٥٩.

(٢)-أبو الوفا،أصول المحاكمات المدنية،ص٦٨٦.
-نبيل،أصول المرافعات المدنية والتجارية،ص٣٥٦.

(٣)-ابن قدامة،المغني،ج٩،ص٦٠.
-ابن مفلح ،المبدع،ج١٠،ص٥٠.

(٤) -الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٣٢٧.
-الشافعي ،الأم،ج٦،ص٢٠٤.
-النووي،روضة الطالبين،ج٨،ص١٣٦.
-ابن قدامة ،المغني ،ج٩،ص٥٩.

واحـــترامها،ويقلل مـــن ثقة الناس في القضاة وأحكامهم،وهذا قول جمهور أهل العلم من الحنفية والشافعية والحنابلة وابن الماجشون و سحنون من المالكية.(١) ،واستدلوا بما يلي:

١- ذكــر عـــن الشعبي قال:" كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقضي بالقضاء ثم ينزل القـــرآن بغير الذي قضى،فلا يرد قضاؤه ويستأنف" وعلق الحسام الشهيد على الحديث بقوله:" أن التغيير بعد التقرير نسخ ،والنسخ يؤثر في المستقبل ولا يؤثر في الماضي ".(٢)

فبيـــن أن الحكـــم القضـــائي الذي سبق نزول القرآن لا يؤثر فيه النسخ،وإنما أثره يظهر في القضـــايا والحـــوادث المســـتجدة،التي تحدث بعد تغير الحكم الشرعي،فيحكم في القضايا الجديدة بالحكم الشرعي الجديد،وما تم الحكم به مسبقاً لا ينقض،ويبقى على حاله.

٢- "مـــا نقـــل عن عمر رضي الله عنه،أنه لما كثرت أشغاله،قلد القضاء أبا الدرداء- رضي الله عـــنه- فاختصـــم إلـــيه رجلان في شيء فقضى لأحدهما،ثم لقي عمر رضي الله عنه المقضي عليه،فسأله عن حاله،فقال: قضى علي.فقال: لو كنت مكانه لقضيت لك. فقال المقضي عليه: وما يمنعك من القضاء؟ فقال عمر: ليس هناك نص والرأي مشترك " (٣) .

فعمر لم ينقض قضاء أبي الدرداء المخالف لرأيه واجتهاده؛لأن القضاء الأول والثاني مبنيان على الاجتهاد ،وليس أحدهما بأولى من الآخر .

٣- "روي عـــن عمر رضي الله عنه أنه قضى في حادثة بقضية ثم قضى بخلاف ذلك ،فقيل له في ذلك فقال تلك كما قضينا وهذه كما نقضي "(٤) .

٤-لـــو نقـــض الاجـــتهاد بالاجتهاد، لنقض النقض ونقض نقض النقض أيضاً،فلا يقف عند حد فتضطرب الأحكام ولا يوثق بها (٥)

---

(١)-الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٣٢٦.
-ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٥٧.
-الشافعي،الأم،ج٦،ص٢٠٤.
-ابن قدامة،المغني،ج٩،ص٥٩.
(٢) سبق تخريجه.
(٣) الكرلاني ، الكفاية شرح الهداية المطبوع مع شرح فتح القدير لابن الهمام،ج٦،ص٣٩٦.
(٤) -الكرلاني،الكفاية شرح الهداية ،ج٦،ص٣٩٦.
-ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص٥٩.
(٥) - ابن عابدين ،رد المحتار ،ج٥،ص٤٠٢.
-ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٥٧.
-الفتوحي ،شرح الكوكب المنير ،ص٦١٢.
-السيوطي ، الأشباه والنظائر ،ج١،ص١٠٢.
-الغزالي،المستصفى،ج٢،ص٣٨٠.

٥- إجمـاع الصـحابة -رضـي الله عنهم- أن من تغير اجتهاده من غير أن يخالف نصاً ولا إجماعاً لا ينقضه،فأبو بكر حكم في مسائل في اجتهاده وخالفه عمر ولم ينقض أحكامه،وخالفهما علـي فلـم يـنقض أحكامهما،فأبو بكر سوى بين الناس في العطاء وأعطى العبيد،وخالفه عمر ففاضـل بيـن الناس،وخالفهما علي فسوى بين الناس وحرم العبيد،ولم ينقض واحد منهم ما فعله مـن سـبقه،كما أن عمـر حكـم فـي المشركة بإسقاط الأخوة من الأبوين،ثم شرك بينهما ولم ينقض حكمه الأول".(١)

-**القول الثاني:** أن للقاضي نقض الحكم إذا تغير اجتهاده،طالما أنه في ولايته للقضاء ولم يعزل، وبـه قـال المالكية ،فقال ابن فرحون في التبصرة:"للقاضي الرجوع عما حكم به وقضى مما فيه اختلاف بين أهل العلم، ومما تبين فيه الوهم ما دام على خطته"(٢) واستدلوا بما يلي :

١- مـا جاء في كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري في القضاء وفيه " ولا يمنعك قضـاء قضيته بالأمس،ثم راجعت فيه نفسك ، فهديت لرشدك أن تراجع فيه الحق ، فإن الرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل ". (٣)

وجـه الدلالة : دل الأثر المروي عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- بأن على القاضي إذا رأى أن الحكـم الـذي أصـدره فـيه خطأ ، وعرف الصواب أن يرجع إلى الصواب والحق ، فالـرجوع إلى الحق أفضل وخير من إمضاء حكم ظالم مبني على باطل ، وهذا إعادة للنظر في الحكم من نفس القاضي الذي أصدر الحكم .

٢-القياس على ما خالف الإجماع فكلاهما خطأ يجب الرجوع عنه.(٤)

-**القول الثالث:** يجوز للقاضي نقض جميع ما بان له خطؤه وهو قول الظاهرية وأبي ثور.(٥).

واستدلوا بقوله تعالى:" **وأن احكم بينهم بما أنزل الله** "(٦).

"ولا يحـل الحكم إلا بما أنزل الله تعالى على لسان رسوله -صلى الله عليه وسلم - وهو الحق وكل ما عدا ذلك فهو جور وظلم لا يحل الحكم به ويفسخ أبداً إذا حكم به حاكم "(٧)

وبالإضافة إلى ما استدل به أصحاب القول الثاني .

---

(١)ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص٥٩.
(٢)-ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٥٧.
-مالك،المدونة الكبرى،ج٤،ص٧٦.
-الحطاب ،مواهب الجليل،ج٦،ص١٣٨.
(٣)سبق تخريجه.
(٤)ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص٥٨.
(٥) -ابن حزم،المحلى،ج٩،ص٣٦٢.
-ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص٥٨.
(٦)سورة المائدة،آية٤٩.
(٧) ابن حزم،المحلى،ج٩،ص٣٦٢.

القـــول الـــرابع: وهو قول للحنفية بأنه لا يصح للقاضي أن يرجع في حكمه إلا في ثلاث حالات قـــال ابن عابدين:"لا يصح رجوعه عن قضائه،إلا في ثلاث لو بعلمه أو ظهر خطؤه أو بخلاف مذهبه ". وهذه الحالات هي:

١-قوله بعلمه كـــما إذا اعتـــرف عنده شخص لآخر بمبلغ وغابا عنه،ثم تداعى عنده اثنان فحكم على أحدهما ظاناً أنه المعترف،ثم تبين له أنه غيره له نقضه .(١)

٢- ولو قضى بالجور،فالغرم عليه في ماله أن تعمد الجور وأقر به.

أمـــا إذا كان خطأ غير مقصود فالغرم على المقضي له ،بل إنه لو قال تعمدت الجور انعزل عن القضاء (٢) .

٣-إذا قضــــى في المجتهد فيه ناسياً لمذهبه مخالفاً لرأيه نفذ عند أبي حنيفة،وإن كان عامداً ففيه روايتان،وعـــند الصـــاحبين لا ينفذ في الوجهين أي وجهي النسيان والعمد،والفتوى على قولهما؛ لأن الـــتارك لمذهبه عمداً لا يفعله إلا اتباعاً للهوى،وأما الناسي فلأن من ولاة القضاء ما قلده إلا ليحكم بمذهبٍ معين لا بغيره ،فهو معزول عن القضاء بغيره (٣).

الـــراجح: القـــول الأول؛لقـــوة ما استدلوا به ،فالحكم الأول مبني على اجتهاد،والثاني مبني على اجـــتهاد ،ولـــيس أحدهمـــا بأولى من الأخر ،أما في الحوادث المستقبلة فيحكم باجتهاده الجديد، والإجمـــاع الذي ذكره يدل على احترام الحكم القضائي وحجيته،ولا يحقق القضاء مقصوده دون أن يكون هناك استقرار في أحكامه ،وتمكين القاضي من الرجوع عن اجتهاده فيما حكم به يهدر ثقـــة المجـــتمع بالقضاة وعدالتهم ،كما يشكك في نزاهتهم ،فلا يأمن الخصوم على أحكامهم ولا يتفرغ القضاة إلى ما يستجد من خصومات،فلا يحق للقاضي الرجوع عن حكمه لتغير اجتهاده.

---

(١)ابن عابدين،رد المحتار،ج٥،ص٤٢٣.
(٢) المصدر نفسه،ج٥،ص٤١٨.
(٣)المصدر نفسه،ج٥،ص٤٠٨.

-المطلب الثاني: تعقب القاضي لأحكام غيره:

الأصـل فـي القضاء الإلزام والحجية،والغاية من الحكم القضائي لا تتحقق إن لم يكن ملزماً فاصـلاً لموضوع النزاع ،متمتعاً بقوة وحصانة تحميه من النقض والإبطال ،فالأصل في القضاء الصحة ،فليس على الحاكم أن يتعقب أحكام من قبله؛لأن الظاهر صحتها وصوابها.(١)أما إذا أراد الحاكم أن ينظر في أحكام من قبله،فهل يجوز له ذلك؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول: جواز تعقب القاضي السابق ،فإن كان ممن لا يصلح للقضاء ترد أحكامه كلها ما كان موافقاً للصواب أو مخالفاً له ، به قال الحنفية والحنابلة في قول.

واستدلوا علـى ذلـك بـأن حكمـه غـير صحيح،والحكم منه كالحكم من أي واحد من الرعية،وممـن لا ينفذ حكمه؛لعدم توفر شروط القضاء فيه ،ولا يعد نقضاً للاجتهاد بالاجتهاد ، لأن قضاء من لا يصلح للقضاء لا يعد اجتهاداً (٢) .

القـول الثانـي: لا يجـوز تعقب أحكام القاضي السابق،وتحمل على الصحة ،ولا تتعقب إلا لعـارض ،أمـا على وجه الكشف والتعقب فلا يجوز؛وذلك لئلا يكثر الهرج والخصام،ويستهان بحجـية الأحكام،وبـه قـال المالكية والشافعية في قول ،ومن العوارض التي ينقض فيها الحاكم أحكام غيره :

- **أجاز المالكية تعقب القاضي السابق في حالتين:**

١-القاضي العدل الجاهل تتعقب أحكامه،فما كان صواباً أمضاه وما كان خطأً بيناً رده،وقول عـندهم بـرد مـا كـان مختلفاً فيه من أحكامه؛لأن ذلك منه حدس وتخمين والقضاء بذلك باطل،وقول بأن العدل الجاهل إذا كان ممن يشاور العلماء تنفذ ،وإن كان لا يشاورهم فتنقض كلهـا ؛لأنها حينئذ حكم بالحدس والتخمين ،أما إذا كان لا يشاور في أحكامه فإنها تتصفح فما كان موافقاً للصواب نفذ،وما كان مخالفاً نقض.

---

(١)- الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٢٩٩.
-ابن فرحون،تبصرة الحكام ،ج١،ص٥٩.
-ابن أبي الدم،أدب القضاء،ص٨٠.
-ابن قدامة،المغني،ج٩،ص٦٠.

(٢) - الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٣١٥.
-ابن عابدين،رد المحتار،ج٥،ص٤٠٢.
-المغني،ابن قدامة،ج٩،ص٦٠.
-البهوتي،شرح منتهى الإرادات،ج٣،ص٥٠٨.
-ابن مفلح،المبدع،ج١٠،ص٤٩.
-البهوتي ،كشاف القناع،ج٦،ص٣٢٦.

٢-القاضي الجائر في أحكامه،وسيرته معروفة بأنه غير عدل،ترد أحكامه كلها صوابا كانت أم خطأ ،عالما كان أم جاهلاً ،ظهر جوره أم خفي؛وذلك لأنه لا يؤمن ظلمه ،وقال ابن القاسم بأنه ينقض ما تبين فيه جوره وينفذ ما عدل فيه .

وقول عند المالكية أنه لا يجوز أن ينظر في أقضية غيره،إلا إن جاء شخص بكتاب قاض قد حكم فيه بجور،فينظره فإن تبين أنه حكم فيه بجور بين،والقضاء فيه مفسّر كالقضاء بشهادة نصراني،أو للجار بالشفعة ،أو بالميراث للعمة أو الخالة نقضه،وإن كان القضاء مبهما كرأيت الحق لفلان فقضيت له بما تبين لي،فلا أرى له أن ينظر فيه. (١)

-وأجاز الشافعية تعقب القاضي السابق في حالة واحدة وهي:

- إذا رفع إليه تظلم من المحكوم عليه،وإن رفع إليه تظلم نظر في الحكم،فإن كان مخالفاً للكتاب أو السنة أو الإجماع أو قياس جلي نقضه،أما إن كان مخالفاً لقياس أرجح منه لم ينقضه؛لأنه يحتمل المعنيين معا ،فلا يعتبر رده في هذه الحالة من خطأ بين إلى صواب بين،كما رد المخالف للكتاب أو السنة أو الإجماع والسبب في هذا المنع أن الظاهر من الأحكام الصحة،وأنه يشتغل بما لا يلزمه من تعقب من سبقه عما يستجد من قضايا يلزمه النظر فيها ،كما إن من بعده سيتعقبه وينظر في قضائه (٢) .

القول الثالث: جواز تعقب أحكام القاضي السابق ،فما كان مخالفاً للشرع أبطله،وما كان موافقاً أمضاه ،وبه قال الحنابلة والشافعية في قول،واستدلوا على ذلك بعدم فائدة نقضه حيث أن الحق قد وصل إلى مستحقه ،والحق إذا وصل لصاحبه بطريق القهر من غير حكم لم يغير ذلك، وكذلك إذا كان بقضاء وجوده كعدمه، ورجحه ابن قدامة والبهوتي وقال:وعليه العمل.

---

(١)-ابن فرحون ،تبصرة الحكام،ج١،ص٥٦.
-الحطاب ،مواهب الجليل،ج٦،١٣٥.
-أبو البركات،الشرح الكبير،ج٤،ص١٥٣.
(٢)-الشافعي،الأم،ج٦،ص٢٠٤.
-ابن أبي الدم،أدب القضاء،ص٨٠.
-النووي،روضة الطالبين،ج٨،ص١٣٦.
-الماوردي، أدب القاضي،ص٦٩٠.
-الشيرازي،المهذب،ج٣،ص٣٨٩.

وهذا في غير قضاة الضرورة ،فلا ينقض من أحكامهم ما وافق الصواب؛لأنها ولاية شرعية،ولو قلنا بنقضها لتعطلت الأحكام.(١)

-الراجح:

تـتفق المذاهب على احترام الحكم القضائي ،وعلى أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد ،ولا يسلط قضـاء على قضاء،وحتى من أجاز تعقب القاضي لأحكام من قبله،لا يجيز النقض والإبطال ،إلا إذا توفـر سـبب من أسبابه،ومن منع تعقب الحكم القضائي أجاز في تلك الأحوال ،فالراجح منع تعقب القاضي لأحكام من قبله إلا إذا توفر سبب يدعو إلى ذلك،**مثل:**

١-إذا رفع تظلم من المحكوم عليه على القاضي السابق.

٢- القاضي الجائر المعروف بجوره وظلمه.

٣- إذا كان القاضي ممن لا يصلح للقضاء.

ولا يتعقـب القاضـي أحكـام مـن قـبله بـلا سبب يدعو إلى ذلك،ويشتغل بما يستجد من قضايا،ولو تعقب القاضي قضاء من قبله ،لجاء من بعده وتعقب قضاءه،فلا يستقر حكم ،على أن القاضي يجب أن يشعر بالرقابة على أحكامه من ولي الأمر،سيما مع كثرة قضاة الضرورة،وهذا مـا أشار إليه ابن فرحون بقوله:" وينبغي للإمام أن يتفقد أحوال القضاة، فإنهم قوام أمره ورأس سـلطانه،وكذلك قاضـي الجماعة ،ينبغي له أن يتفقد قضاته ونوابه ،فيتصفح أقضيتهم ويراعي أمورهم،وسـيرتهم فـي الـناس ،وعلى الإمام والقاضي الجامع لأحكام القضاء ،أن يسأل الثقات عنهم، ويسأل قوماً صالحين ممن لا يتهم "(٢)

---

(١)-النووي،روضة الطالبين،ج٨،ص١٣٦.
-الماوردي، أدب القاضي،ص٦٩٠.
-الشيرازي،المهذب،ج٣،ص٣٨٩.
-المغني،ابن قدامة،ج٩،ص٦٠.
-البهوتي،شرح منتهى الإرادات،ج٣،ص٥٠٨.
-ابن مفلح،المبدع،ج١٠،ص٤٩.
-البهوتي ،كشاف القناع،ج٦،ص٣٢٦.
(٢)ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٦١.

-المطلب الثالث: طرق الطعن في الأحكام القضائية(١):

مع كثرة القضاة في زماننا ،لا بد من وجود قضاة من أهل الخبرة متفرغين لمراقبة وتدقيق أحكام القضاة،فلا بد من آلية تتناسب مع ازدياد أعداد الناس وكثرة المحاكم واختصاصاتها في نقض الأحكام وإبطالها ،وهذا متوفر في زماننا بتعدد درجات التقاضي،وطرق الطعن في الأحكام التي وضعها القانون على سبيل الحصر ،فلم يعد هناك مجال لإعادة القاضي النظر في أحكامه الفاصلة ،ولا في أحكام من قبله،ولا يمكن إبطال الحكم إلا بالطرق المقررة بذلك قانوناً.

فنقض الأحكام عند الفقهاء،يكون إما بنقض القاضي لأحكامه،وإما بتعقب القاضي لأحكام من سبقه ،وقد تقدمت الأسباب التي تؤدي إلى بطلان الحكم القضائي ،فمبدأ إبطال الحكم القضائي إذا توفر سبب من أسباب البطلان المتقدمة،معتبر في الفقه الإسلامي ،وكما أسلفت في الإجراءات أن الترتيبات الإدارية تختلف باختلاف الزمان والمكان،وصلاح الناس وفسادهم،كما إن المطلوب في حال قلة الناس،يختلف عن المطلوب في حال ازديادهم ،والشريعة الإسلامية جاءت بكليات قادرة على استيعاب المستجدات ،وقد نظم القانون في زماننا الطرق الواجب اتباعها في إبطال الحكم القضائي المستحق لوصف البطلان ،والمتوفر فيه سبب من أسبابه ،وهذه الطرق المتبعة في الطعن في الحكم القضائي لا تتعارض مع شريعتنا بنظرة عامة .

وقد أكد هذا المعنى محمد سلام مدكور بقوله :

" والواقع أن لأنواع الطعون المختلفة كالمعارضة والاستئناف والنقض أسساً في الفقه الإسلامي ، وفي مسائله ما يتسع لذلك ،وقد وقع كثير منها في العصور المختلفة على صور وأشكال متعددة، وما وجد الآن من تنظيم لطرق الطعن وتحديد مواعيده ،وإن لم يكن قد عرف للفقهاء من قبل إلا أن قواعد الفقه الإسلامي لا تنافيه بل تتفق معه ."(٢)

---

(١)وكل من تكلم في البطلان من أهل القانون ممن تقدم ذكر كتبهم في الرسالة،لم يتعرض لإبطال الحكم؛وذلك لأن البطلان وصف للحكم يشير إلى وجود خلل ،والإبطال الطريق لإثبات وجود هذا الخلل وإبطال الحكم ،ومن أهم من كتب في البطلان في القانون الدكتور فتحي والي في كتابه نظرية البطلان في قانون المرافعات،والدكتور عبد الرحيم فوذة في كتابه البطلان في قانون الإجراءات الجنائية ،ونظرية البطلان في الأحكام المدنية والتجارية لأحمد إسماعيل أبو السعود، والبطلان المدني والإجرائي والموضوعي للدكتور عبد الحميد الشواربي ،ونظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية للدكتور لؤي جميل حدادين ،ولم يتعرض أحد منهم إلى طرق الطعن وتفصيلاتها ،وإنما قصر الكلام في البطلان كوصف للحكم،يستحق بسببه الإبطال ،فمن رأى هذا الوصف في الحكم، عليه اللجوء إلى الطريق المناسب في إبطاله ،مع أن الإبطال هو الأثر الأهم للبطلان ،وهو الأثر العملي له ، وسأعرض للطعن في الأحكام وإبطالها دون الدخول بتفصيلاتها ،وذلك حفاظاً على وحدة موضوعي بطلان الحكم ،أما الإبطال في الحكم والطعن به،فهذا موضوع مستقل له مظانه ، حيث أن كل طريق من هذه الطرق فيه كتب مستقلة،تبين أحكامه وتفصلها،من حيث شروطه ومواعيده ، ومن له الحق في استخدامه، والمحكمة المختصة في نظر كل طريق من هذه الطرق.

(٢) مدكور،القضاء في الإسلام،ص٥٨.

والدكتور عبد الله الشامي بقوله:

"وفي الواقع أن طرق الطعن التي تقررها القوانين الوضعية نجد أساسها في الفقه الإسلامي،وأنها معــروفة لديــه بأحكامها وليس بمسمياتها ،وقد وقع كثير منها في العصور المختلفة على صور وأشــكال مــتعددة،وما جــرى الآن من تنظيم هذه الطرق ومواعيد الطعن مما تتسع له السياسة الشرعية التي تبني أحكامها على المصلحة،التي لا تخالف نصاً أو إجماعاً ". (١)

والشــريعة الإســلامية مــع تنظــيم الأمور وضبطها،وقد تقدم اعتبارها لذلك في تنظيم الاختصــاص بأنواعه ،وإن كان في هذا التنظيم لطرق الطعن جزئية معينة ،أو جوانب تعارض المقاصــد العامــة لشــريعتنا من إقامة القضاء ونصبه،من إحقاق الحق وإقامة العدل، فعلى ولي الأمر تعديلها ورد الأمر إلى نصابه ،والترتيبات والإجراءات التي اعتمدها الفقهاء والقضاة التي تقدمــت في الفصل الخاص بالإجراءات،تدل على أن الأمر متروك في ذلك للحاكم في تقدير ما يحــتاج مــن ترتيــبات لنصب القضاء وإقامته،بما يحقق مقاصده وهذا من باب تحقيق المصلحة والسياسة الشرعية .

وقــد تقــدم حكــم التقنيــن وإلــزام القاضــي به وأثره في ضبط الأمور ،ومع ما جــدّ فــي زمانــنا مــن تطــورات وتــزايد فــي أعداد الناس ،وبالتالي ازدياد عدد القضايا ، واخــتلاف أنواعهــا ،وازديــاد عــدد القضــاة واختصاصــاتهم،واختلاف حــالهم مــن حيث الصــلاح والفســاد، أصــبح مــن الصــعب ترك إعادة النظر في الحكم وإبطاله للقاضي الذي أصــدره،أو للقاضــي الــذي يأتــي بعــده بالطــريقة والإجراءات التي يراها،فلا بد من ضبط الأمــور فــي إبطــال الأحكام،ووضــع الضــوابط والإجراءات المناسبة لذلك،وإخضاع أحكام القضــاة لــرقابة تضــمن الــنزاهة والأمانة، والدقة في إصدار الأحكام،لتبقى لها الحجية التي تصــونها وتضــمن هيبــتها ،فكــان الطعــن فــي الأحكــام القضــائية وإبطالها يجري وفق طــرق محــددة علــى ســبيل الحصــر ،وقــد وضــعت شروط لقبول الطعن،ومواعيد محددة لا يحق للطاعن تجاوزها ،وإلا رد الطعن .

(١) الشــامي،عبد الله بــن محمــد ،(٢٠٠٠م)،نظام القضاء والمرافعات في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، (ط١)دار الكتب المصرية "القاهرة"،ص٢١١.

وطـرق الطعــن هــي الوســائل التي حددها القانون على سبيل الحصر؛للتظلم من الأحكام الصادرة على الخصوم ؛ لإعادة النظر فيما قضت به ،أو بقصد إلغائها .(١)

والهــدف من حصر الطعن في الأحكام بهذه الطرق ،هو استقرار الأحكام واحترامها ،ويكون وفــق إجراءات خاصة ومواعيد محددة ،وإذا انقضت هذه المواعيد دون الطعن في الحكم أصبح غــير قــابل للطعن فيه ، ،وتعتبر هذه المواعيد من النظام العام،فتقضي المحكمة من نفسها بعدم قــبول الطعــن،إذا رفع في غير ميعاده . (٢)،كما لا يجوز الطعن في الحكم القضائي أو التمسك ببطلانه،إلا عبر هذه الطرق،ولا يجوز رفع دعوى مبتدأة للمطالبة بإبطال حكم قضائي .(٣)

والحكم القضائي يبقى صحيحاً منتجاً لآثاره ،حتى يتقرر بطلانه بحكم قضائي،سواء كان هذا الــبطلان مــتعلقاً بالــنظام العام أو لم يكن ،فإذا حاز الحكم الحجية وأصبح بقوة الأمر المقضي، وفاتــت مواعــيد الطعن المقرره ،أصبح عنواناً للحقيقة لا يجوز المساس به،أو إبطاله ولا حتى بطرق الطعن (٤).

فــالحكم يــبقى صــحيحاً،ولو كان معيباً منتجاً لكافة آثاره باعتباره عملاً صحيحاً ،فإذا تقرر بطلانــه بحكم القضاء اعتبر باطلاً من تاريخ حصول البطلان، لا منذ الحكم به ،وانتج البطلان آثاره من تاريخ صدور الحكم،لا من تاريخ الحكم ببطلانه.(٥)

والــذي له الحق في التمسك بالبطلان،هو من شرع البطلان لمصلحته ، فالمصلحة شرط في قــبول الطعــن ، فالمحكمة تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول الطعن لرفعه من غير ذي صفة أو مصــلحة فــي الطعــن (٦) . والقاضــي يقضي بالبطلان من تلقاء نفسه إذا كان متعلقاً بالنظام العام،فــإذا لــم يكن كذلك ، وجب للقضاء بالبطلان أن يتمسك به من شرع البطلان لمصلحته ، فالــبطلان إذا كــان متعلقاً بالنظام العام،فعلى المحكمة أن تقرر من تلقاء نفسها هذا البطلان من

(١) -أبو الوفا،أصول المحاكمات المدنية،ص٧٠٧.
-نبيل،أصول المرافعات المدنية والتجارية،ص١١٩٧.
-أبو الوفا،نظرية الدفوع في قانون المرافعات،ص٥٢٣.
(٢) أبو الوفا،نظرية الدفوع في قانون المرافعات،ص٥٢٤.
(٣) -أبو الوفا،نظرية الدفوع في قانون المرافعات،ص٥٢٤.
-نبيل،أصول المرافعات المدنية والتجارية،ص١١٩٨.
(٤)-فوذة ،البطلان في قانون الإجراءات الجنائية ،ص٤٨٣.
-الشواربي،الدفوع المدنية والإجرائية ،ص٥٤٣.
-أبو الوفا،نظرية الدفوع في قانون المرافعات،ص٥٣٠.
(٥) الشواربي،الدفوع المدنية والإجرائية ،ص٥٣٦.
(٦) أبو الوفا،نظرية الدفوع في قانون المرافعات،ص٥٢٥.

غـير طلـب من الخصوم (١) ، ويعتبر البطلان متعلقا بالنظام العام إذا نص القانون على ذلك صراحة أو أوجب على القاضي الحكم به من تلقاء نفسه (٢).

-وطرق الطعن في الأحكام القضائية نوعان:

النوع الأول : طرق الطعن العادية : وهي :

أولاً: الاعـتراض علـى الحكم الغيابي : والاعتراض لا يقبل إلا على الحكم الغيابي،لمن لم يكن حاضـراً في الدعوى ،فلا يقبل الاعتراض على الحكم الوجاهي ،والاعتراض على الحكم الغيابي هـو طلـب المحكوم عليه غيابياً من المحكمة التي أصدرت الحكم،أن ترجع عن حكمها وتبطله، بالإستناد إلى الأسباب القانونية التي يوردها المعترض .(٣)

ولا يطعن بهذا الطريق في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني؛وذلك لأنه لا يوجد فيها حكـم غيابي ،وإنما الحكم إما وجاهي أو بمثابة الوجاهي،كما جاء في المادة السابعة والستين أن المحاكمة لا تكون إلا وجاهيا أو بمثابة الوجاهي.

أمـا قانون أصول المحاكمات الشرعية،فقد أجاز الحكم الغيابي ،مع حق المحكوم عليه بالاعتراض على الحكم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه،كما جاء في المادة السادسة بعد المائـة من قانون أصول المحاكمات الشرعية . كما أن المحكمة المختصة بنظر الاعتراض هي ذات المحكمـة التي أصدرت الحكم ،مع أن الاعتراض يجوز تقديمه إلى أية محكمة شرعية في المملكـة ،وتقـوم المحكمـة باستيفاء الرسم،ثم بإرسال الاعتراض على الفور إلى المحكمة التي أصـدرت الحكم،كما جاء في المادة العاشرة بعد المائة من أصول المحاكمات الشرعية ،وجاء في المـادة الحاديـة عشـرة بعد المائة أن الاعتراض يوقف تنفيذ الحكم المعترض عليه إلا إذا كان معجل التنفيذ أو حكماً بنفقة .

ثانـياً: اعـتراض الغـير : إذا صـدر حكم في دعوى يحق للشخص الذي لم يكن طرفاً فيها، وكان الحكم يمس حقوقه،أو كان هذا الشخص أحق من المحكوم له بالمحكوم به أن يعترض عليه اعـتراض الغـير ،وهـذا مـا جاء في المادة الخامسة عشرة بعد المائة من الأصول الشرعية بموجـب الـتعديل الأخـير لهذه الأصول لسنة ٢٠٠١ بقانون مؤقت رقم ٨٤،والهدف من هذه الطريق حماية حقوق الغير من غير الداخلين في الدعوى إذا كان هذا الحكم يمس حقوقهم .(٤)

---

(١) -الشواربي،الدفوع المدنية والإجرائية ،ص٥٣٦.
-حدادين،نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية،ص٤٢١.
-والي،نظرية البطلان في قانون المرافعات ،ص ٤٩٦.
(٢) الشواربي،الدفوع المدنية والإجرائية ،ص٥٣٧.
(٣) خوري،قانون أصول المحاكمات الحقوقية ،ص٥٣١.
(٤) المصدر نفسه،ص٥٣٣.

ولم يشترط قانون أصول المحاكمات الشرعية مدة معينة لتقديم اعتراض الغير ،كما جاء في المادة السابعة عشرة بعد المائة ونصها:"تسمع دعوى اعتراض الغير إلى أن يمر الزمان على الحقوق التي يتخذها المعترض أساساً لاعتراضه " .

وتم تعديل هذه المادة وتحديد مدة لسماع اعتراض الغير بقانون مؤقت ٨٤ لسنة ٢٠٠١ فأصبح نصها :" تسمع دعوى اعتراض الغير خلال ثلاثين يوماً من تاريخ العلم بالحكم ،ولا تسمع في جميع الأحوال بعد مرور سنة على صيرورة الحكم قطعياً " .

وجاء في المادة الثامنة عشرة بعد المائة من أصول المحاكمات الشرعية أن اعتراض الغير لا يؤثر على تنفيذ الحكم،إلا إذا ثبت وقوع ضرر من تنفيذه ،فللمحكمة أن تصدر قراراً بتأخير التنفيذ بالقسم الذي له علاقة بحقوق المعترض (١) .

ويلاحظ أن اعتراض الغير يجوز على الحكم الغيابي والوجاهي ،ولا يقتصر على الغيابي كالاعتراض العادي،والمحكمة المختصة بنظر اعتراض الغير،هي المحكمة التي أصدرت الحكم المعترض عليه.

وقد جاء في المادة السادسة عشرة بعد المائة من أصول المحاكمات الشرعية،أن الاعتراض نوعان: اعتراض أصلي،واعتراض طارئ .

فالاعتراض الأصلي يقدم إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المعترض عليه بلائحة مبيناً فيها الأسباب المستند إليها في إبطال الحكم.

أما الاعتراض الطارئ فلا يحتاج إلى إقامة دعوى مستقلة،بلائحة جديدة ،وإنما يكون على حكم سابق أبرزه أحد الخصوم،أثناء النظر في الدعوى يثبت به دعواه ،فيكتفي في هذا بلائحة ضمن الدعوى،بالأسباب التي يستند إليها في إبطال هذا الحكم الطارئ على الدعوى ،فإذا كان الحكم المعترض عليه صادراً من نفس المحكمة،أو محكمة في درجتها ،تفصل في الاعتراض والدعوى الأصلية بقرار واحد،وإذا كان من محكمة أعلى تُفهم المعترض أن عليه مراجعة تلك المحكمة للاعتراض،وتستمر في رؤية الدعوى الأصلية إلى أن يرد قرار المحكمة العليا،بخصوص هذا الاعتراض .

فاعتراض الغير سبيل يحافظ فيه الغير على حقوقهم،إذا تضمن الحكم ما يمسها .(٢)

---

(١)مبارك،شرح قانون الإجراء الأردني،ص٨٥.
(٢)خوري،أصول المحاكمات الحقوقية،ص٥٣٦.

ثالثاً: الاستئناف:

أســاس الاستئناف هو إعطاء فرصة للمحكوم عليه ،إذا لم يقنع بالحكم أن يراجع محكمةً أعلى مــن المحكمــة التي أصدرت الحكم ،والمحكمة الأعلى راجحة بزيادة عدد القضاة وسعة خبرتهم وتجربتهم .(١)

والمخــتص بــنظر الاســتئناف فــي أصــول المحاكمات الشرعية،هي محكمة الاستئناف الشــرعية؛حيث أن لها صلاحية الفصل في الأحكام الصادرة من محاكم البداية الشرعية،الفاصلة في موضوع الدعوى،أو في الاختصاص الوظيفي،أو في الاختصاص المكاني،ومرور الزمن،كما جاء في المادة السابعة والثلاثين بعد المائة من الأصول الشرعية ،وقد ألحقت المادة الاختصاص الوظيفــي والاختصــاص المكاني ومرور الزمن بالقرارات الفاصلة ،لأنها تعني في حقيقتها رد الدعــوى وعــدم قــبولها،لأي مــن الســببين سواء الوظيفي أو المكاني؛فتعد قرارات فاصلة ، ونصــها :"يجــوز استئناف الأحكام الفاصلة في موضوع الدعوى وقرارات الوظيفة والصلاحية ومرور الزمن".

ولم تحدد هذه الأصول قيمة للدعوى،كما جاء في أصول المحاكمات المدنية،في المادة الثانية والثمانين بعد المائة حيث حددت صلاحية محكمة الاستئناف،في نظر الأحكام المستأنفة تدقيقاً إذا كانــت قيمتها لا تزيد عن ثلاثين ألف دينار،إلا إذا قررت نظرها مرافعة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم .

وقــد حــددت المــادة السادســة والــثلاثون بعد المائة من أصول المحاكمات الشرعية مدة الاستئناف،بثلاثين يوماً من تاريخ صدور الحكم،إذا كان وجاهياً ،ومن تاريخ تبليغ الحكم إذا كان غيابــياً ،وأجازت استئناف الحكم الغيابي قبل تبليغه،على أن يرفق إعلام الحكم،ويعتبر ذلك تبليغاً فــي حقه ،كما ألزمت هذه الأصول في المادة الثامنة والثلاثين بعد المائة والتاسعة والثلاثين بعد المائــة محــاكم الــبداية بــرفع الأحكام المتعلقة بحقوق الله تعالى كأحكام فسخ النكاح والتفريق والطــلاق والرضاع المانع من الزوجية،إلى محكمة الاستئناف الشرعية لتصديقها دون طلب من الخصــوم ، وهــذه الأحكــام الخاضــعة تدقيقاً لا تنفذ إلا بعد تصديقها والأحكام الصادرة على القاصرين وفاقدي الأهلية وعلى الوقف.

ومحكمــة الاســتئناف الشرعية تفصل في القضايا الاستئنافية تدقيقاً؛فهي محكمة قانون،دون حضــور الطرفين،ولا تنظرها مرافعة،إلا إذا قررت ذلك من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد

---

(١) خوري،أصول المحاكمات الحقوقية ،ص٥٣٦.

الخصـــوم وموافقتها على طلبه ،وإذا رفضت هذا الطلب تبين أسباب الرفض،كما جاء في المادة الثالثة والأربعين بعد المائة من أصول المحاكمات الشرعية .

وقــرار محكمـــة الاستئناف،إما أن يكون بتأييد محكمة البداية،إن كان موافقاً للوجه الشرعي والأصـــول القانونية،مع رد الأسباب التي أوردها المستأنف،وإما بتأييد الحكم مع إصلاح وتدارك بعض النواقص الشكلية التي لا تأثير لها على الحكم،وتنبيه المحكمة التي أصدرته على ذلك.

وأمـــا بفســخ الحكــم المســتأنف أو تعديله،إذا كانت النواقص والأخطاء،مما لا يمكن تداركه بالإصلاح،أو كان الحكم مخالفاً للوجه الشرعي ،فإذا كانت القضية صالحة للفصل،أكملت محكمة الاســتئناف مــن الجهة التي فسخت الحكم بسببها،وأصدرت الحكم فيها ،أو حكمت بتعديله ،وإذا كانت غير صالحة للفصل فيها أعادتها إلى محكمة البداية؛لإعادة الفصل فيها ،كما جاء في المواد السادسة والسابعة والثامنة والتاسعة والأربعين بعد المائة من أصول المحاكمات الشرعية .

وقــد نصــت المــادة الثانية والخمسون بعد المائة على إيقاف تنفيذ الحكم المستأنف ما لم يكن معجل التنفيذ أو حكماً بنفقة(١).

-النوع الثاني : طرق الطعن غير العادية:

أولاً: التميــيز: هــو طريق غير عادي من طرق الطعن،تقتصر فيه سلطة المحكمة على نظر الأحكـــام تدقـيقاً ،وليس إعادة النظر في النزاع من جديد.فمحكمة التمييز محكمة قانون،وليست درجـــة مـــن درجـــات التقاضـــي ،فدورهـــا يقتصر على الفصل في قانونية الأحكام المطعون فيها،وتـــتولى محكمة التميز مراقبة محاكم الموضوع في تطبيق القانون على وقائع الدعوى،فإذا وجد الحكم موافقاً للقانون تقرر تأييده ،وإذا وجدته مخالفاً للقانون تقرر إبطاله .(٢)

ولا يقـــبل الطعن بالتمييز إلا للأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف،في الدعاوى التي تزيد قيمـــتها عـــن خمســـة آلاف دينار،خلال ثلاثين يوم من تاريخ صدور الحكم إذا كان وجاهياً ،أو تبلـــيغه إذا كـــان بمثابة الوجاهي ،أما الدعاوى التي تقل قيمتها عن خمسة آلاف دينار،فلا تقبل التميـــيز إلا بإذن من رئيس محكمة التمييز أو من يفوضه ،كما جاء في المادة الحادية والتسعين من قانون أصول المحاكمات المدنية.

ولمحكمـــة التميـــيز نظر الدعاوى مرافعة،إذا قررت ذلك من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحـــد الخصـــوم ووافقـــت على طلبه،كما جاء في المادة السابعة والتسعين بعد المائة ،والطعن

---

(١) مبارك،شرح قانون الإجراء الأردني،ص٨٥.
(٢)-خوري،أصول المحاكمات الحقوقية،ص٥٤٧.
-أبو الوفا،أصول المحاكمات المدنية،ص٧٩٥.

بالتمييز لا يكون إلا في أحوال معينة على سبيل الحصر ،وقد بينت المادة الثامنة والتسعون بعد المائة هذه الأحوال ،وهي:

١- إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله .

٢- إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم .

٣- إذا صدر الحكم نهائياً،خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم،دون أن تتغير صفاتهم،وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً،وحاز قوة القضية المقضية سواء أدفع بهذا أم لم يدفع .

٤- إذا لم يبنَ الحكم على أساس قانوني،بحيث لا تسمح أسبابه لمحكمة التمييز أن تمارس رقابتها.

٥- إذا أغفل الحكم الفصل في أحد المطالب،أو حكم بشيء لم يطلبه الخصوم،أو بأكثر مما طلبوه.

٦- إذا كان في الحكم والإجراءات المتخذة في الدعوى مخالفة صريحة للقانون،أو كان في أصول المحاكمة مخالفة تتعلق بواجبات المحكمة، فعلى محكمة التمييز أن تقرر نقضه، ولو لم يأت المميز ،والمميز ضده في لوائحهما على ذكر أسباب المخالفة المذكورة،أما إذا كانت المخالفة تتعلق بحقوق الخصمين،فلا تكون سبباً للنقض إلا إذا اعترض عليها في محكمة البداية والإستئناف ،وأهمل الاعتراض ثم أتى أحد الفريقين على ذكرها في لائحته التمييزية،وكان من شأنها أن تغير وجه الحكم .

وحكم محكمة التمييز إما أن يؤيد الحكم،وإما أن يبطله،وتفصل في الدعوى إذا كانت صالحة للفصل،أو أن تبطله وتعيده إلى المحكمة التي أصدرته (١) ،أما إذا كان نقض الحكم لمخالفته قواعد الاختصاص،فيقتصر دورها على الفصل في مسألة الاختصاص،وتعيين المحكمة المختصة التي يجب رفع الدعوى إليها،كما جاء في المادة التاسعة والتسعين بعد المائة من أصول المحاكمات المدنية،وأحكام محكمة التمييز لا تقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن،كما جاء في المادة الرابعة بعد المائتين من أصول المحاكمات المدنية .

---

(١) شوشاري،شرح قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني،ص٤٧٨. وقد فصل في شرح هذه الحالات فمن أراد التوسع فعليه بهذا الشرح.

ثانـياً: إعادة المحاكمة : هو طريق غير عادي للطعن في الحكم النهائي،يرفع إلى ذات المحكمة التي أصدرته،إذا توافر سبب من الأسباب التي حددها القانون على سبيل الحصر .

ويجوز الطعن في الحكم النهائي بإعادة المحاكمة،ولو كان غيابياً قابلاً للاعتراض،على أن تكـون مهلـة الاعـتراض قـد انقضت ،والمحكمة المختصة بنظر الطعن بإعادة المحاكمة،هي المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه (١)

وقد حصرها القانون وبينتها المادة الثالثة والخمسون بعد المائة من قانون أصول المحاكمات الشرعية بموجب التعديل بقانون مؤقت رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠١ وهي :

١- أن تصدر المحكمة البدائية أو الاستئنافية حكماً في إحدى القضايا، مخالفاً لحكم أصدرته سـابقاً،مع أن ذات وصـفة الطرفين الذين صدر بينهما الحكم لم تتغير، والدعوى ذات الدعـوى السابقة،وتظهر بعد صدور الحكم الأول مادة يمكن أن تكون سبباً لصدور حكم آخر مخالف .

٢- ظهـور حـيلة كان أدخلها خصم طالب الإعادة بعد الحكم ،بتزوير الأوراق والمستندات التـي اتخـذت أساسـاً للحكـم،أو يثبت تزويرها حكماً،وذلك قبل استدعاء طلب إعادة المحاكمة .

٣- أن يبرز للمحكمة بعد الحكم أوراق ومستندات تصلح لأن تكون أساساً للحكم،كان الخصم قد كتمها،أو حمل على كتمها.

٤- إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه .

٥- إذا كان منطوق الحكم مناقصاً بعضه بعضاً .

٦- إذا صـدر الحكـم علـى شـخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى .

٧- إذا كان الحكم قد بني على أي شهادة قضي بعد الحكم أنها كاذبة .

---

(١) أبو الوفا،أصول المحاكمات المدنية ،ص٧٨٣.

وهي نفس الحالات التي جاءت في أصول المحاكمات المدنية في المادة الثالثة عشرة بعد المائتين،ويترتب على طلب إعادة المحاكمة وقف تنفيذ الحكم ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك كما جاء في المادة السابعة عشرة بعد المائتين من أصول المحاكمات المدنية . (١)

ويجوز طلب إعادة المحاكمة خلال ثلاثين يوماً تبدأ في الحالات الثلاثة الأولى،من يوم ثبوت الحيلة،أو تزوير الأوراق والمستندات، والحصول على الأوراق المكتومة،ومن تاريخ اكتساب الحكم قوة القضية المقضية في الحالة الرابعة والخامسة،ومن اليوم الذي يلي تبليغ الحكم إلى من يمثل المحكوم عليه تمثيلاً صحيحاً في الحالة السادسة،ومن تاريخ الحكم على الشهادة بأنها كاذبة في الحالة الأخيرة،كما جاء في المادة السادسة والخمسين بعد المائة من الأصول الشرعية،والمادة الرابعة عشرة بعد المائتين من أصول المحاكمات المدنية .

---

(١)مبارك،شرح قانون الاجراء الأردني،ص٨٨.

-المطلب الرابع:مسؤولية القاضي عن خطئه الذي يستوجب نقض الحكم :

احتاط الشارع لصيانة الحكم القضائي من النقض من جوانب عديدة منها :

١- الشروط والضوابط والقيود التي وضعها الشارع في اختيار القاضي ،فله الدور الأكبر في إصدار الأحكام القضائية التي يكون الأصل فيها الصحة .

٢- الإجراءات التي تسير فيها الدعوى من رفعها إلى فصلها ،والتي تضمن أن تسير الدعاوى بشكل يحقق العدالة ،ويصون الحكم ويحميه من النقض .

٣- تحديد المرجعية التي يستند إليها القاضي في إصدار الأحكام القضائية ،والتي لا يجوز له أن يحكم إلا بموجبها .

٤- تفصيل البينات التي يعتمد عليها القاضي في إثبات الدعوى أو نفيها،وعدم ترك المجال مفتوحاً لاختلاف الآراء ووجهات النظر في هذا الباب العظيم الذي يثبت الحكم أو ينفيه.

٥- تحذير القاضي من الحكم بغير الحق ،وتوعده بالنار إن قضى بجهلٍ أو قضى بظلم في حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- :"القضاة ثلاثة: اثنان في النار وواحد في الجنة: رجلٌ عرف الحق فقضى به فهو في الجنة، ورجل عرف الحق ولم يقض به، وجار في الحكم فهو في النار ، ورجل لم يعرف الحق ،فقضى بين الناس عن جهل فهو في النار" (١) .

ومع هذه الاحتياطات التي وضعها الشارع لصيانة الحكم ،إلا أن القاضي بشر وقد يصيب وقد يخطئ ، وهذا الخطأ من القاضي قد يكون هو المتسبب فيه،كأن يحكم بما يخالف نصاً أو إجماعاً،وقد يكون هذا الخطأ عمداً وقد يكون بغير عمد ،وقد يكون المتسبب بالخطأ غيره كشهود زور يحكم بشهادتهم،ثم يأتون بعد الحكم ويكذبوا هذه الشهادة،ويتراجعون عنها ،وقد يكون هذا الخطأ في حقوق الله،وقد يكون في حقوق العباد ،وقد بيّن الشارع أن القاضي إذا حكم بجور متعمداً ذلك يشّهر فيه ويفضح على الملأ حتى يكون عبرة لغيره من القضاة ويؤدب ويعزل،ولا يولى القضاء بعدها،فمن وضع لإقامة الحق والعدل لا يقبل منه أن يكون سبباً في منعهما وإقامة الجور والظلم،والعدل والحق بالحكم بما أنزل الله القائل في كتابه:

---

(١) سبق تخريجه ،ص١٦.

" ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون " (١) .

" ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون "(٢).

" و من لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون" (٣).

ورسوله –صلى الله عليه وسلم– القائل في الحديث المتقدم:"القضاة ثلاثة " (٤).

وقد جاء في التبصرة :"وعلى القاضي إذا أقر بالجور أو ثبت عليه ذلك بالبينة، العقوبة الموجعة ،ويعزل ويشهر ويفضح ،ولا تجوز ولايته أبداً ولا شهادته، وإن صلحت حاله وأحدث توبة لما اجترم ؛ لئلا يندرس الزمان فتقبل شهادته ، والقاضي أقبح من شاهد الزور حالاً"(٥).

وفي أدب القاضي للخصاف :"وما فعله القاضي من ذلك على وجه القصد والتعمد،وأقر أنه فعل ذلك جوراً وظلماً،وقضى بما لا يجب ،فضمان ذلك عليه؛لأنه جانٍ ،فأمكن إيجاب الضمان عليه وسقطت عدالته؛ لأنه أقر بالخيانة فخرج عن الأمانة وصار ضامناً، فإن كان هذا الإقرار منه وهو قاضٍ استحق العزل والتأديب،وإن كان بعد العزل لم يجز توليته القضاء بعد ذلك ".(٦)

فيلاحظ من النصوص المتقدمة أن المصيبة بخيانة القاضي وجوره أشدّ من شاهد الزور؛لأن ضرر الشاهد في قضية أو حولها ،أما ظلم القاضي فعام وضرره أكبر ، فكيف الحال إذن وشهادة الزور من أكبر الكبائر ،وهذا قاضٍ عرف الحق فقضى بغيره،فاستحق التأديب والتشهير والغرم في الدنيا،والعذاب في الآخرة. وأما في ضمان القاضي لخطئه ،فقد قسم العلماء الخطأ إلى أقسام:

أولاً: الخطأ في حقوق الله تعالى إذا لم يكن القاضي متعمداً ،وإنما حكم بشهادة شهود ثم تبين أنهم ليسوا أهلاً للشهادة ،فلا ضمان على القاضي في شيء مما حكم به على المقضي عليه،والضمان على بيت المال ،وبه قال الحنفية والحنابلة ،واستدلوا على ذلك بِ:

---

(١) سورة المائدة ،آية٤٤.
(٢) سورة المائدة ،آية٤٥.
(٣) سورة المائدة ،آية٤٧.
(٤)سبق تخريجه ،ص١٦.
(٥)–ابن فرحون ،تبصرة الحكام ،ج١،ص٦٣.
–الحطاب،مواهب الجليل،ج٦،ص١٣٦.
(٦) الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٣٢٦.

١-أن القضـــاء وضع لكافة المسلمين ،فالقضاء مصلحة لهم جميعاً ، والقاضي نائبٌ عنهم، فكان الضمان على بيت المال؛لأنه لا جناية على القاضي فكان الضمان لمن وقع لهم القضاء وهم كافة المسلمين.

٢-بأنه يكثر من القاضي ذلك ،فلو حملته عاقلة القاضي لكان ضرراً عظيماً بهم. (١)

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة في رواية إلى أن الضمان على القاضي ، واستدلوا على ذلك،بـأن الإمام قصر في الحكم بشهادة من ليس أهلاً لها،وحكم بالإتلاف دون تحقق ،كما أن الخطــأ مــن القاضي يقاس على الخطأ من غيره ، ولا يجب عليه القصاص؛لأنه مخطئ فتلزمه الدية.(٢)

والــراجح:أن الضمان على القاضي؛لأنه أتلف نفساً أو طرفاً بغير حق،حيث لم يتحقق من الشــهود، وعلــى القاضــي أن يتثبــت ويــتحرى قــبل إصدار حكمه،سيما في هذا النوع من الحقــوق ،فمــا يفوت فيه لا يستدرك ،وحتى في القوانين الوضعية لا يتم التنفيذ فيما يترتب عليه فــوات نفــس أو طــرف أو مــا يــتعلق بحقــوق الله إلا بعــد أن يصبح الحكم نهائياً ويصدق استئنافاً.(٣)

ثانــياً:الخطــأ في حقوق الله إذا كان القاضي متعمداً،وحكم بالجور والظلم،وقضى بما لا يجب ، فالضمان من ماله؛لأنه جانٍ فأمكن إيجاب الضمان عليه وسقطت عدالته،واستحق العزل والتأديب ولا يجــوز توليــته القضــاء بعــد ذلــك.فالحنفــية والحــنابلة قــالوا بالضــمان علــيه مــن ماله(٤)

---

(١)-الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٣٢٥.
-علاء الدين أفندي ،تكملة حاشية ابن عابدين،ج٧،ص٢٥١.
-ابن القيم،إعلام الموقعين،ص٢٢٦.
(٢)-الحطاب،مواهب الجليل،ج٦،ص٢٠٢.
-عبدالله،الكواكب الدرية في فقه المالكية،ج٤،ص٥٦.
-الشافعي،الأم ،ج٦،ص١٧٦.
-الشيرازي،المهذب،ج٣،ص٤٦٨.
-ابن قدامة،المغني،ج٩ ،ص٢٦٠.
(٣)مبارك ،شرح قانون الإجراء الأردني،ص٨٣.
(٤) -الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٣٢٥.
-علاء الدين أفندي ،تكملة حاشية ابن عابدين،ج٧،ص٢٥١.
-ابن القيم،إعلام الموقعين،ج٤ ،ص٢٦٦.

أما المالكية والشافعية فقالوا بالقصاص على القاضي وليس الدية.(١)

والـــراجح أن القاضي قد تعمد الجور لفوات نفس أو طرف وأقر بأنه تعمد ذلك لزمه القصاص أو الدية إن قبلها أولياء الدم ،فنفسه أو أطرافه ليست بأولى من نفس من ظلمه وتعمد قتله أو قطع أطرافه،قال تعالى:"**ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب**" (٢).

ثالـــثاً: الخطـــأ فـــي حقـــوق العـــباد ،إذا لـــم يكـــن القاضـــي مـــتعمداً ،فـــإن كـــان المحكـــوم بـــه قائمـــاً كبيـــت أو دابـــة أو عـــبد رد إلـــى المحكـــوم علـــيه؛لأنه تبيـــن أن المحكـــوم له حصـــل عليه بغير حق ،وإن كان مستهلكاً لا يمكن رده عيناً أو قصاصاً أستوفي ، فالضـــمان على المحكوم له ،فيضمن قيمة الدم في القصاص وقيمة العين في المستهلك؛لأن عمل القاضي وقع له ،وقد تبين خطأ القاضي فيه ،فيغرم لوقوع القضاء له.

رابعاً: الخطأ في حقوق العباد إذا كان القاضي متعمداً الجور والظلم فالضمان عليه من ماله؛لأنه الجاني،فيستحق أن يكون ضامناً والعزل والتأديب. (٤)

أمـــا إذا كان المتسبب في الخطأ الشهود ،وشهادة الشهود الأصل فيها بيان الحق ،والشهادة من أعظم البينات ،وقد يستغلها البعض في الانتقام أو تصفية حساب فيشهد على من بينه وبينه عداوة شـــهادة زور،ويلصـــق به ما لم يقترف ،وقد يستغلها البعض لدوافع مادية بشهادة الزور من اجل المال،أو لغرض في نفسه ،وهذا الفعل من أكبر الكبائر عند الله ،فالشهود لكشف الحقيقة ،وإقامة العدل ،وليس لتضليل العدالة وإلصاق التهم بالأبرياء.

(١)-الحطاب،مواهب الجليل،ج٦،ص٢٠٢.
-عبدالله،الكواكب الدرية في فقه المالكية،ج٤،ص٥٦.
-الشافعي،الأم ،ج٦،ص١٧٦.
-الشيرازي،المهذب،ج٣،ص٤٦٨.
-النووي،روضة الطالبين،ج٨،ص٢٦٩.

(٢)سورةالبقرة،آية١٧٩.

(٤) -الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف،٣٢٥.
-الكاساني،بدائع الصنائع،ج٧،ص١٦.
-علاء الدين أفندي،تكملة حاشية ابن عابدين،ج٧،ص٥١.
-ابن القيم،إعلام الموقعين،ج٤،ص٢٢٦.
-ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص٢٦٠.

فـــإذا وقـــع هذا الفعل من الشهود،وشهدوا على شخص بالباطل ،ثم رجعوا عن شهادتهم ،فقد يـــصاحب رجوعهم اعتراف بأنهم كانوا كاذبين في شهادتهم متعمدين ذلك ،وقد يكون رجوعاً مع اعتـــرافٍ بأنهم وهموا أو أخطأوا في هذه الشهادة ،وقد يكون هذا الرجوع قبل الحكم بشهادتهم أو بعـــد الحكـــم بـــشهادتهم وقـــبل الاستيفاء ، أو بعد الحكم بشهادتهم والاستيفاء،وقد فصل الفقهاء المسألة، وقسموها إلى أحوال :

-**الحالـــة الأولى:** إذا كان الرجوع عن الشهادة قبل الحكم بها ،فهذه الشهادة باطلة لا يجوز الحكم بهـــا ؛وذلك لأن الشهادة إنما تصير حجة عند اتصال القضاء بها،فقبل اتصال القضاء بها لم تكن حجة فصح الرجوع عنها مطلقاً.(١)

وخالـــف أبو ثور وقال يحكم بها؛وذلك لأن الشهادة قد أديت فلا تبطل برجوع من شهد بها كما لو رجع بعد الحكم .(٢)

والراجح قول الجمهور ويجاب على أبي ثور بـ:

١- أن الحكـــم يمتـــنع بهذه الشهادة لزوال سببها،حيث أن الشهادة شرط الحكم،فإذا زالت قبله لم تجـــز،كما لو طرأ مانع من قبولها كفسق أو عداوة ،وبالرجوع فالشاهد إما مخطئ أو فاسق وفي الحالين لا يجوز الحكم بهذه الشهادة .

٢-كمـــا أنـــه يحتمل أن يكونوا صادقين في الشهادة كاذبين في الرجوع،أو صادقين في الرجوع كاذبين في الشهادة،ولا يحكم مع الشك ،وأما ما نقل عن أبي ثور فقد فقالوا:"وشذ أبو ثور "(٣).

---

(١) -الحسام الشهيد ،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٦٣٤.
-ابن عابدين،رد المحتار،ج٥،ص٥٠٤.
-عبد الله ،الكواكب الدرية في فقه المالكية ،ج٤،ص٥٥.
-الشيرازي،المهذب،ج٣،ص٤٦٤.
-ابن قدامة المغني،ج٩،ص٢٤٧.
-ابن حزم،المحلى،ج٩،ص٤٢٩.
(٢)-ابن قدامة،المغني ،ج٩،ص٢٤٧.
-الشيرازي،المهذب،ج٣،ص٤٦٤.
(٣)-ابن حجر ،تحفة المحتاج،ج٤،ص١٢٧.
-ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص٢٤٨.
-الشيرازي،المهذب ،ج٣،ص٤٦٤.

-**الحالـــة الثانية** : إذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد الحكم وقبل الاستيفاء ،فإما أن يكون في حد أو قصاص ،وإما أن يكون في مال :

فـــإن كـــان فـــي حد أو قصاص لم يجز الاستيفاء؛لأنها تسقط بالشبهة والرجوع شبهة ظاهرة بل من أعظم الشبهات؛لأن المحكوم به عقوبة لم يتعين استيفاؤها،كما لو رجعا قبل الحكم.

وأمـــا إن كـــان فـــي المال لم ينقض الحكم،واستوفي؛لأن الحكم تم وليس المال مما يسقط بالشبهة كالحدود والقصاص .

ويمكـــن تعـــويض المحكـــوم علـــيه بتغـــريم الـــشاهدين،وإلزامهما بقـــدر مـــا أتلفا للمـــشهود علـــيه؛وذلك لأنهمـــا أخرجا المال من يد مالكه بغير حق، وحالا بينه وبينه ،فلزمهما ضمانة كما لو أتلفاه .(١)

وخالـــف الظاهـــرية وقالـــوا:بنقض الحكم إذا رجع الشاهد سواء كان الرجوع قبل الحكم أو بعده.

واستدلوا لذلك بأن شهادة الشاهد ترد بجرحه من عدلين،وإقراره على نفسه بما يرد شهادته من كذب أو غفلة أثبت من شهادة غيره عليه .(٢)

والـــراجح قـــول الجمهـــور صـــيانة للحكـــم القـــضائي عـــن الـــنقض حـــيث أن الحكـــم المـــتعلق بالمـــال يمكـــن تعويـــضه بتغـــريم الـــشهود مـــا أتلفـــوه ،أمـــا الحـــد والقصاص ،فلا يمكن تعويضه إذا تم الاستيفاء بإتلاف نفس أو عضو مع سقوط البينة التي استند إليها الحكم.

---

(١) - الحسام الشهيد ،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٦٣٤.
-الحطاب ،مواهب الجليل،ج٦،ص٢٠١.
-أبو البركات،الشرح الكبير،ج٤،ص٢١٠.
-الشيرازي،المهذب ،ج٣،ص٤٦٤.
-ابن حجر ،تحفة المحتاج،ج٤،ص٤٣٧.
-النووي،روضة الطالبين،ج٨،ص٢٦٨.
-ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص٢٤٨.
-البهوتي،شرح منتهى الإرادات،ج٣،ص٦٠٧.
-الشيباني،نيل المآرب،ج٢،ص٤٩٠.
(٢) ابن حزم ،المحلى،ج٩،ص٤٢٩.

-**الحالــة الثالــثة** :إذا رجع الشهود بعد الحكم وبعد الاستيفاء فإما أن يكون في مال وهذا يغرمه الــشاهدان ،فقد تسببا بالضرر للمشهود عليه ويغرمون بقدر ما تسببوا ،وإما أن يكون في حد أو قــصاص،فإن كان في حد أو قصاص،فإما أن يكون عن عمد وقصد من الشهود ،وإما أن يكون عــن خطــأ ،فــإن كــان عــن عمــد وقــصد وتــسببوا فــي فــوات نفس أو طرف ،وجب القصاص .

وبــه قــال الشافعية والحنابلة والمالكية في قول وابن شبرمة وابن أبي ليلى والأوزاعي وأبو عبيد (١) .

واستدلوا لذلك بالأثر الذي ذكروه عن علي :"ما روى الشعبي أن رجلين شهدا عند علي – رضــي الله عــنه– على رجل أنه سرق،فقطعه ثم أتياه برجل آخر فقالا :إنا أخطأنا بالأول وهذا الــسارق،فأبطل شــهادتهما علــى الآخــر وضمنهما دية يد الأوال ،وقال:"لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعتكما"ولا يعلم له مخالف من الصحابة فيكون إجماعاً (٢).

وجــه الدلالــة: نــص علــي –رضــي الله عــنه– أنــه إذا توفــر العمــد والقــصد وجــب القــصاص؛لأنهما تــسببا فــي قــتله أو قطعه بما يقضي إليه غالباً ،فلزمهما القصاص كالمكره، فألجأووا إلى قتله بغير حق.(٣)

وأما الحنفية والمالكية فلم يوجبوا القصاص في هذه الحالة وقالوا بوجوب الدية.واستدلوا لذلك بأنه إذا شهد شاهدان على رجل بسرقة ألف درهم بعينها قطعت يده ،ثم رجعا ضمنا دية اليد في مالهمــا ،ولا قــصاص علــيهما عــندنا؛لأن الوجــوب منهما بسبب القصاص،والقصاص يعتمد المساواة،ولا مساواة بين المباشر والسبب؛ولأن اليدين لا تقطعان بيد واحدة (٤).

---

(١)-الكناني،العقد المنظم للحكام،ج٢،ص٢١٤.
-النووي،روضة الطالبين،ج٨،ص٢٦٩.
-الشيرازي،المهذب ،ج٣،ص٤٦٤.
-ابن حجر ،تحفة المحتاج،ج٤،ص٤٣٧.
-ابن قدامة،المغني،ج٩،ص٢٤٧.
(٢)-الشيرازي،المهذب،ج٣،ص٤٦٤.
-ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص٢٤٩.
(٣)-الشيرازي،المهذب،ج٣،ص٤٦٤.
-ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص٢٤٩.
(٤) -السرخسي،المبسوط،ج١٧،ص٢٢.
- الحسام الشهيد ،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٦٣٣.
-ابن رشد،بداية المجتهد،ج٢،ص٥٨٢.
-عبد الله ،الكواكب الدرية،ج٤،ص٥٥.

والـــراجح :هـــو وجـــوب القصــــاص،فنفس مـــن استهان بالنفس البشرية وأزهقها بشهادة زور،ليســـت بـــأولى مـــن نفس بريئة جنى عليها بشهادته ،مع قيد ذكره الشافعية وهو أن يكون الشـــاهد على علم بأن شهادته ستؤدي إلى قتل نفس أو قطع ،فإن لم يكن على علم بذلك لا يجب عليه القصاص وعليه الدية.(١)

وأمـــا إذا رجـــع الشهود لخطأ دون تعمد قتل أو قطع للمشهود عليه ،فيجب عليهم الدية،وهذا يـــتفق علـــيه الفقهـــاء ،فيضـــمن الشهود ما أتلفوا بشهادتهم،ويضمن الشاهد؛لأنه من تسبب بهذا الإتلاف.(٢)

وإن رجـــع بعـــض الشـــهود وأصر بعضهم على شهادته،يضمن من رجع منهم بمقدار ما ترتـــب على شهادته من ضرر على المشهود عليه،ففي السرقة يضمن الشاهد الذي رجع نصف ديـــة اليد،"وإذا شهد شاهدان على قطع يد،فقضى القاضي بذلك ثم رجعا عن الشهادة فعليهما الدية كاملـــة؛لأنهما سبب لقطع اليد بطريق هو تعدٍ منهما ،وهو سبب معتاد في الناس ،فقد يقصد المرء الإضرار بغيره في نفسه أو ماله بالشهادة الباطلة،والتسبب بهذه الصفة موجب للضمان "(٣) .

وهـــذا ينطـــبق علـــى المـــال أيضا،فيضـــمن الشاهد بمقدار ما تسبب من ضرر للمشهود عليه.

---

(١)-النووي،روضة الطالبين،ج٨،ص٢٧١.
-الشيرازي،المهذب،ج٣،ص٤٦٤.

(٢) - الحسام الشهيد ،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٦٣٣.
-السرخسي،المبسوط،ج١٦،ص١٨١.
-الحطاب ،مواهب الجليل،ج٦،ص٢٠١.
-أبو البركات،الشرح الكبير،ج٤،ص٢١٧.
-الشيرازي،المهذب ،ج٣،ص٤٦٥.
-ابن حجر ،تحفة المحتاج،ج٤،ص٤٣٩.
-عبد الله ،الكواكب الدرية،ج٤،ص٥٥.
-ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص٢٥٠.
-البهوتي،شرح منتهى الإرادات،ج٣،ص٦٠٨.
-الشيباني،نيل المآرب،ج٢،ص٤٩٠.

(٣)-السرخسي،المبسوط،ج١٦،ص١٨٠.
-أبو البركات،الشرح الكبير،ج٤،ص٢١٧.
-الكناني،العقد المنظم للحكام،ج٢،ص٢١٤.
-الشيرازي،المهذب،ج٣،ص٤٦٥.

وقـد جـاء فـي القواعـد لابن رجب أن الإنسان يضمن ما تسبب فيه ،فقد جاء في القاعدة الخامسة والتسعين"من أتلف مال غيره وهو يظن أنه له أو تصرف فيه يظن لنفسه ولاية عليه،ثم تبين خطأ المتسبب أو أقر بتعمده للجناية ضمن المتسبب"،ومن تطبيقات هذه القاعدة:

"لـو حكـم حـاكم بمـال ثـم رجـع الشـهود وصـرحوا بالخطـأ أو الـتعمد بشـهادة الـزور،فإن الضـمان يخـتص بهـم لاعـترافهم،ولا ينـتقض حكـم حـاكم بمجرد ذلك ولا يرجع على المحكوم له بشيء"(١) .

فالقـاعدة والتطبـيق المذكور لها يدل على إلزام الشهود إذا رجعوا بشهادتهم سواء صرحوا بالخطأ أو بالعمد بالضمان والغرم،كما أنه لم يلزم المحكوم له بشيء ،وإنما الغرم على من تسبب في الحكم له وهم الشهود.

وأمـا القـانون فلـم ينص قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني على مسؤولية القاضي عن خطئه.(٢)

ويـنص القـانون المصـري على أن القاضي لا يسأل عن أي خطأ يرتكبه ،وإنما عن الخطأ الجسيم المعتبر إخلالاً بواجبه ،وهذه الأحوال وردت على وجه الحصر وهي:

١- الامتناع عن إحقاق الحق عمداً .

٢- جريمة الرشوة في الحكم لصالح أحد الخصوم.

٣- إذا نص القانون على مسؤولية القاضي في حالة معينة .

٤- إذا وقع من القاضي في عمله خداع أو غش أو خطأ مهني جسيم .

٥- إذا امتنع القاضي عن الفصل في قضية صالحة للحكم .(٣)

---

(١)ابن رجب،القواعد،ص٢١٨.

(٢)الرواشدة،ضمانات استقلال القضاء في الفقه الإسلامي،ص٣٤٤.

(٣)-أبو الوفا،أصول المحاكمات المدنية ،ص٨٦ وما بعدها .

- نبيل ،أصول المرافعات المدنية والتجارية،ص١٢٩ وما بعدها .

الحكـــم الصحيح يفصل الخصومة وينهي النزاع ،ويحدد للخصوم المراكز القانونية التي يجـــب أن يكونوا عليها بعد الحكم ،وحجية الحكم الصحيح تقضي بأن لا يعاد بعد فصل موضوع الدعوى على القضاء مرة أخرى، فيصدر فيه حكم جديد يناقض الحكم الأول ،فتتناقض الأحكام .

أمـــا الحكم القضائي الذي حكم ببطلانه ،فلم يفصل الخصومة ولم ينهِ النزاع ،والخلاف على موضـــوع الدعـــوى ما زال قائماً ، فيحق للمدعي إعادة طرح النزاع أمام القضاء من جديد،من خـــلال الطعن بالحكم،وفق الإجراءات التي يحددها ولي الأمر،وليس بدعوى جديدة،والناظر في تعـــريف الفقهـــاء للحكـــم القـــضائي بأنـــه:فصل للخصومة وإنهاء للنزاع،يتوصل إلى أن الحكم القـــضائي، إذا لـــم يفـــصل الخصومة وينهي النزاع لم يحقق مقصوده،ولم يوصل الخصوم إلى غايتهم منه،فكان لمن أراد التظلم من الحكم الذي يعتقد ببطلانه المطالبة بإبطاله وفق الإجراءات المرسومة لهذا الغرض،وليس بدعوى جديدة ،ومن التعريفات الدالة على ذلك :

" فصل الخصومات ،وقطع النزاعات " (١) ،وإن ثبت أن الحكم باطل وصدر حكم بإبطاله،أعيد طرح النزاع مرة أخرى أمام القضاء.

أمـــا عـــند أهل القانون فمن أهم آثار الحكم القضائي،عدم جواز طرح النزاع أمام القضاء مجـــدداً ،ويعتبـــر ذلـــك مـــن أهم مظاهر حجية الحكم القضائي،وقالوا بأن للحجية أثرين سلبي وإيجابـــي، **فالـــسلبي** :بعـــدم جـــواز طـــرح ذات الدعـــوى أمـــام القـــضاء بعد الفصل فيها ، **والإيجابي**:ضرورة احترام ما قضى به في مواجهة الخصوم .(٢)

فبمجـــرد صدور الحكم القضائي،تستنفذ المحكمة ولايتها بالنسبة لموضوع الدعوى،فلا يجوز لهـــا النظـــر فـــيها من جديد،ولا حتى التعديل على الحكم أو إضافة شيء إليه،ويستثنى من ذلك تـــصحيح مـــا يقع في الحكم من أخطاء كتابية أو حسابية،وذلك بقرار تصدره المحكمة من تلقاء نفـــسها أو بطلـــب من أحد الخصوم ،والهدف من هذا الاستثناء تدارك وجود خطأ في التعبير أو الكتابة،ولـــيس إصـــلاح خطأ بالتدخل في قناعة القاضي،ويجب أن يكون الخطأ المراد تصحيحه واضحاً،من بيان الحكم نفسه،كالخطأ في شق من اسم أحد الخصوم،أو الخطأ في عملية حسابية ، فالتصحيح قاصر على الأخطاء المادية،التي لا تؤثر على كيان الحكم،ولا تفقده ذاتيته .

---

(١)-ابن عابدين ،رد المحتار ،ج٥،ص٣٥٢.
و مثله أيضاً ممن عرف الحكم بأنه فصل الخصومة :
-البهوتي،كشاف القناع،ج٦،ص٢٨٥.
-النووي،روضة الطالبين،ج٨،ص٧٩.
وتقدم ذلك تعرف الحكم في الفصل التمهيدي .
(٢) عمر،أصول المرافعات المدنية والتجارية،ص٣٥٤.

وحـــتى أن بعــض أهــل القـــانون،لا يرى أنه استثناء من قاعدة عدم جواز طرح النزاع، وخـــروجه مـــن ولاية المحكمة ،وإنما هو تصحيح لخطأ مادي بحت،لا يحق للمحكمة التستر به لتناول كيان الحكم وذاتيته .(١)

ولـــو سمح بإعادة رفع النزاع مجدداً أمام القضاء بعد فصله لأدى ذلك إلى التسلسل،فإن لم يـــرض المحكوم عليه بالحكم الصادر في حقه رفع ذات الدعوى مرة ثانية ،فإن لم يرض بالحكم الجديـــد أعاد ثالثة ورابعة ،فلا يستقر حكم قضائي ،وهذا الوضع يؤدي إلى الفوضى واضطراب الأحكـــام؛ولهذا فحجـــية الحكـــم من النظام العام لأهميتها ،ولأهمية أن يفصل النزاع مرة واحدة فقط.(٢)

وهـــذا مـــا تنـــبه له الفقهـــاء في أن تعدد الأحكام القضائية لذات النزاع ؛يؤدي إلى تعارض الأحكـــام وعدم استقرارها ،وهذا ليس في مصلحة المجتمع ولا مصلحة القضاء،وقد تنبه الفقهاء إلـــى ذلـــك وحـــذروا مـــنه؛لأنه يؤدي إلى نقض الحكم بمثله ،وهذا يؤدي إلى أن لا يثبت حكم أصـــلاً؛لأن الحاكم الثاني يخالف الأول ،والثالث يخالف الثاني ،ولا يقف هذا على حد ويؤدي إلى التسلســـل،ولا يـــثق أحـــد بما قضى له به،وذلك ضرر شديد،واضطراب للأحكام ،وتضييع لهيبة القضاء .(٣)

وموضـــوع الحكـــم ومحل النزاع حتى ينطبق عليه هذا الأثر ،ويمنع من إعادة طرحه على القضاء مرة أخرى لا بد من توافر الشروط التالية فيه :

١- وحـــدة الخصوم: فلا تقوم الحجية إلا على الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم ، دون فـــرق بيـــن مـــن حكم له ومن حكم عليه،أما من لم يكن خصماً في الدعوى وتأثر بنتيجة الحكم،فله أن يدفع بدعوى جديدة أو بالطعن بالحكم عند الاحتجاج عليه به .

---

(١) -أبو الوفا،أصول المحاكمات المدنية،ص٦٨٥.
-عمر،أصول المرافعات المدنية والتجارية،ص١١٠٥-١١٠٧.
(٢) عمر،أصول المرافعات المدنية والتجارية ،ص٣٥٥.
(٣) -الميرغناني،الهداية شرح البداية،ج٦،ص٣٩٦.
-ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٥٧.
-الفتوحي ،شرح الكوكب المنير ،ص٦١٢.
-السيوطي ، الأشباه والنظائر ،ج١،ص١٠٢.
-الغزالي،المستصفى،ج٢،ص٣٨٠.
-ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص٥٩.

٢- وحـــدة الموضـــوع:وهـــو موضـــوع الدعوى أو الحق المطالب به في هذه الدعوى ،أو المصـــلحة القانونية،التي يقصد الخصم إلى تحقيقها بما يدعيه ،فلا يحق إعادة النزاع في ذات الموضوع الذي فصل فيه .

٣- وحـــدة الســـبب : والســـبب هـــو الواقعـــة القانونية التي ينشأ عنها الحق في موضوع الدعوى،وعلـــيه لـــو رفـــع دعوى يطالب بعين ميراثاً ،فله أن يرفع دعوى يطالب فيها بالعين شراءً،ويلاحظ في الدعوى أن السبب يختلف عن الأدلة ،فقد يتحد السبب وتختلف الأدلـــة ،والعبرة باتحاد السبب لا بالأدلة،كما يميز بين سبب الدعوى والغرض المقصود منها ، فالذي يطالب بملكية أرض بسبب العقد لأنه يريد بناء منزل،لا يمكنه إقامة دعوى جديدة بأنه يريد أن يبني مسجداً أو مستشفى . (١)

فإعـــادة الفصـــل فـــي الخصومة مرة ثانية،بعد توفر هذه الشروط في موضوعها،مساس بهيبة القضاء،ونزع لاحترامه ،وإضعاف للثقة فيه .

وحـــتى الحكـــم القضـــائي الباطل يستحق هذا الأثر وهذه الحصانة إلى أن يصدر الحكم ببطلانه،فـــبمجرد أن صـــدر حكمـــاً في موضوع الدعوى لا يجوز طرح النزاع من جديد على القضاء.

فـــإذا أراد الخصـــم إعـــادة النظر فيه،فقد وضع القانون نظاماً للطعن في الأحكام القضائية؛ لإتاحـــة الفرصـــة أمام الخصوم للتظلم ،فالقاضي قد يرتكب خطأً يؤثر في الحكم ،وقد يكون هذا الخطـــأ فـــي الإجراءات الواجب اتباعها،في أي مرحلة من مراحل الدعوى ،وقد يكون في تقدير وقـــائع الـــنزاع،أو في فهم قواعد القانون الواجبة التطبيق على هذه الوقائع ،وبالطعن بهذا الحكم فـــإن ثبت بطلانه يعاد نظر النزاع مرة ثانية من قبل قاضٍ آخر،أو من قبل القاضي نفسه،بفحص الدعـــوى ومـــا جـــرى بها مرة أخرى (٢)،ويبقى الحكم صحيحاً حتى يصدر الحكم بالطعن،إما بإقـــراره إن لم يكن في الطعن ما يستوجب إبطاله ،وإما بإبطاله إن كان فيه ما يستوجب ذلك،فإذا قضـــت محكمـــة الطعن ببطلان الحكم،فإن هذا الحكم يزول من الوجود،وتظل القضية مطروحة أمـــام محكمـــة الطعـــن،وبحاجة إلـــى حكم جديد،وهذا الحكم الجديد يكون هو الحكم الوحيد في القضية،فلا بد من الفصل في الموضوع من جديد ،بشرط أن تكون المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون،قـــد استنفذت ولايتها في هذا الموضوع ،أما إذا لم تكن قد استنفذت ولايتها،فيجب على محكمـــة الطعن الاقتصار على مجرد تقرير بطلان الحكم فقط،أما محكمة الطعن إذا فصلت في

---

(١) أبو الوفا أصول المحاكمات المدنية ،ص٦٢٧-٦٢٩.

(٢) عمر،أصول المرافعات المدنية والتجارية،ص١١٢٧.

موضـــوع الحكم المطعون به،فيجب أن يكون لها ولاية الفصل كمحكمة الاستئناف أو المعارضة أو إعادة المحاكمة. (١)

ولو ترك المجال للخصوم بإعادة طرح النزاع في الحكم الذي يعتقد أنه باطل ،لقام كل من لـــم يصـــدر الحكم لصالحه بوصفه بالبطلان،وتنكر لهذا الحكم ،ورفع دعوى جديدة ،وإنما على الخصـــم الـــذي يرى بطلان الحكم الصادر في حقه،إن أراد إعادة النظر فيه،الطعن به بالطرق المقـــررة قانونا،وأهل الاختصاص من القضاة من يقرر إن كان الحكم صحيحا أو باطلا ،ويبقى الحكم صحيحا إلى حين صدور حكم بإبطاله.

(١)عمر،أصول المرافعات المدنية والتجارية،ص١١٩٩.

-المبحث الرابع :عدم استحقاق الحكم للتنفيذ:

المقــصد الأساســي لــرفع الدعوى هو الوصول إلى المدعى به،والهدف من إصدار الحكم القــضائي هو إيصال الحقوق إلى أصحابها ،ورفع النزاع ،وهذا لا يتحقق إلا بتنفيذ الحكم ،وهو الإجــراء العملــي للحكــم المقــضي به في نزاع أو قضية ،ويتكفل به المناط به إجراء الأحكام الصادرة من القضاة بين الناس،فيحول الحكم من حيز الفكر والتصور ،إلى واقع ملموس .(١)

وقــد جاء في كتاب عمر لأبي موسى :"وانفذ إذا تبين لك ،فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له"(٢). والحكم القضائي الباطل لا يستحق التنفيذ ،فبمجرد صدور الحكم ببطلانه يصبح لا وجود له ولا أثر.

وتنفــيذ الأحكــام يختلف من حكم لآخر،بحسب طبيعة المحكوم به،فقد يكون مالاً أو عيناً يقوم القاضي بتسليمه على الفور بعد صدور الحكم إلى المحكوم له،وقد يكون ديناً فيأمر المحكوم عليه بأدائــه ،وقــد يكون حداً فلا يقام إلا بتوافر الشروط المطلوبة لإقامته ،وقد يكون بإيقاع طلاق أو إمضاء نكاح أو نحوه،قال في التبصرة تحت عنوان **فصل في معنى تنفيذ الحكم** :"الإلزام بالحبس وأخــذ المــال بيد القوة ودفعه لمستحقه،وتخليص سائر الحقوق،وإيقاع الطلاق على من يجوز له إيقاعه عليه ."(٣)

ويعتبــر التنفــيذ ولايــة خاصــة غيــر ولاية القضاء ،فقد يكلف القاضي بالحكم ولا يكلف بالتنفيذ،ويسند التنفيذ إلى غيره ،وقد يسند للقاضي الحكم والتنفيذ ،والذي يحدد ذلك كتاب التولية ، وفــي ذلك يقول ابن فرحون:"وليس للقاضي السياسة العامة،لا سيما الحاكم الذي لا قدرة له على التنفــيذ،كالحاكم الضعيف القدرة على الملوك الجبابرة،فهو ينشئ الإلزام على الملك العظيم ،ولا يخطر له تنفيذه؛لتعذر ذلك عليه ،بل الحاكم من حيث هو حاكم ليس له إلا الإنشاء، أما قوة التنفيذ فأمر زائد على كونه حاكماً ،فقد يفوض إليه التنفيذ ،وقد لا يندرج تحت ولايته "(٤)

فبــين أن التنفيذ أمر زائد عن الحكم ،وقد يفوض إلى القاضي ،وقد يسند إلى غيره بحسب ما تقتضيه المصلحة،ويعد هذا من السياسة الشرعية المتروك أمر تقديرها للحاكم،بما يتناسب مع كل عــصر وزمان،ففي زماننا أصبح هناك دائرة خاصة للتنفيذ،تسمى بدائرة الإجراء أو دائرة التنفيذ وهي التي تتولى تنفيذ الأحكام الصادرة من جميع المحاكم،الحقوقية والشرعية والجزائية المتعلقة

---

(١)-زيدان،نظام القضاء في الشريعة الإسلامية،ص٢٤١.
-الرواشدة،ضمانات استقلال القضاء في الفقه الإسلامي،ص٢٤٧.
-مبارك ،شرح قانون الإجراء الأردني ،ص٦٣.
-نبيل،أصول المرافعات ،ص١٠٨٦.
(٢)سبق تخريجه ،ص١٧.
(٣)ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٩٣.
(٤)المصدر نفسه،ج١،ص١٢،ص٩٣.

بالحقوق الشخصية ،وجميع الأحكام والقرارات الصادرة من أية محكمة أو مجلس أو سلطة نصت قوانينها على أن تتولى دائرة الإجراء تنفيذ أحكامها،كما جاء في المادة الثانية من قانون الإجراء الأردني رقم ٣١ لسنة ١٩٥٢.(١)

والأحكام القضائية التي تتولى دوائر الإجراء تنفيذها هي الأحكام القاطعة المنهية للخصومة.

والتنفيذ قد يكون برضى المحكوم عليه واختياره،ويسمى بالتنفيذ الرضائي أو الاختياري .

وقد يكون جبراً إذا امتنع المحكوم عليه عن التنفيذ،بتدخل السلطة العامة الممثلة بدوائر الإجراء،ويسمى بالتنفيذ الجبري،فلا يستطيع المحكوم له تنفيذ الحكم بنفسه ،وإنما يلجأ إلى السلطة المختصة للقيام بذلك.(٢)

ويجوز تنفيذ الحكم القضائي،حتى في خلال المدة التي يجوز فيها الطعن فيه، وهذا يعني أنه يمكن أن ينفذ حكم باطل وفيه ما يستوجب البطلان إذا لم يطعن فيه ممن له مصلحة في الطعن،وقد يبدأ بتنفيذ الحكم الباطل ثم يطعن به،ويستثنى من ذلك الأحكام الجزائية بالحقوق الشخصية؛حيث لا يجوز تنفيذها إلا بعد اكتسابها الدرجة النهائية،والأحكام الشرعية المتعلقة بحق الله من فسخ النكاح والتفريق والطلاق ونحوها والأحكام الصادرة على القاصرين وفاقدي الأهلية، وعلى الوقف .

وإيقاف التنفيذ في حالة الطعن في الحكم يختلف باختلاف طريق الطعن على النحو التالي:

أ-الطعن بالاعتراض على الحكم الغيابي،يقتضي إيقاف التنفيذ إلى حين ظهور نتيجة الطعن،إلا إذا كان الحكم معجل التنفيذ أو حكماً بنفقة .

ب-بالاستئناف والتمييز،يجب على رئيس الإجراء أو دائرة التنفيذ،إصدار قرار بوقف التنفيذ إلى حين ظهور نتيجة الطعن،ويستثنى من ذلك الحكم معجل التنفيذ .

ج-الطعن في إعادة المحاكمة،لا يوجب إيقاف التنفيذ،ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك.

د- الطعن باعتراض الغير لا يوجب إيقاف التنفيذ،إلا إذا رأت المحكمة المختصة أن التنفيذ قد يلحق ضرراً بالمعترض،فلها أن تصدر قراراً بتأخير التنفيذ بالقسم الذي له علاقة بحقوق المعترض .(٣)

وهذا في حالة الطعن في الحكم،وقد لا يكون هناك طعن في هذا الحكم ،فيستحق التنفيذ حتى خلال مدة الطعن،إلا في الأحكام التي تم استثنائها.

---

(١)مبارك،شرح قانون الإجراء الأردني،ص٨.

(٢)- مبارك،شرح قانون الإجراء الأردني،ص٦٣ وما بعدها.
-عمر،أصول المرافعات المدنية والتجارية ،ص١٠٨٦.

(٣) مبارك،شرح قانون الإجراء الأردني،ص٨٤-٨٩.

وهــذا في حالة الطعن في الحكم،وقد لا يكون هناك طعن في هذا الحكم ،فيستحق التنفيذ حتى خلال مدة الطعن،إلا في الأحكام التي تم استثنائها.

وهــناك فرق بين نفاذ الحكم وتنفيذه ،فنفاذ الحكم أثر مباشر من آثار النطق به،وهذا الــنفاذ لا يتأثر بالطعن في الحكم أو بوقف تنفيذه،فالنفاذ هو الحجية وصلاحية الحكم لترتب آثاره عليه.(١)

والحكــم يــستحق وصف النفاذ بمجرد صدوره،فإذا لم يطعن به ولم تتبين بطلانه، يبقى مــستحقاً لهذا الوصف بخلاف الحكم الباطل،فلا يستحق هذا الوصف ،ويكون غير صالح لإنتاج الآثــار المترتبة على الحكم الصحيح،فالنفاذ لا يحتاج إلى اتخاذ إجراء بعد النطق بالحكم ليوصف به.

أما تنفيذ الحكم فيختلف،فهو الترجمة للحكم إلى واقع ملموس.

فــالحكم الــصحيح يــستحق التنفيذ،بعد أن يكون قد اكتسب صفة النفاذ من لحظة النطق به، والحكم باطل لا يستحق التنفيذ ،إلا أن الفقهاء اختلفوا فيما إذا كان المحكوم له قد حصل على هذا الحكــم ببيــنة مــزورة،ويعلم أن ما حكم به له ليس له في حقيقة الأمر،فهل ينفذ الحكم في حقه ظاهراً وباطناً أم لا؟.

وهــذا الحكم في حقيقته صحيح في الظاهر باطل في الباطن ،فالحكم المبني على بينة مزورة حكــم باطل ،ولكن هذا الحكم في ظاهره صحيح ويستوجب التنفيذ ،فهل ينفذ في الظاهر فقط،فلا يجــوز للمــرأة التي حكم بأنها زوجة بشهود زور أن تمكن من حكم له بنكاحها من نفسها،وهل يجــوز لمــن حكــم له بنكاحها وهو يعلم كذب البينة المستند إليها وزورها أن يعاشرها معاشرة الأزواج؟ وهل يجوز لمن حكم له بأن هذا المال له بشهود زور أن يستعمل هذا المال ،ويتصرف به تصرف المالك؛لأنه قد حصل عليه بحكم قضائي باطل في حقيقته ،صحيح في ظاهره؟

---

(١)عمر ،أصول المرافعات المدنية والتجارية.ص١٠٨٨.

-**تحريـــر محل النزاع**:حكم الحاكم لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً،فإذا حكم القاضي بحكم وكان المحكوم له يعلم أن البينة التي استند إليها القاضي في حكمه مزورة،فإنه ظالم ومزور في دعواه إلا أن الحكم ينفذ في الظاهر.

أمـــا فـــي الباطن فإما أن يكون المحكوم فيه من الأموال، فقد أجمع العلماء على أنه لا ينفذ في الباطن،ولا يحل هذا المال للمحكوم به،واستدلوا على ذلك بـ:

١-قوله تعالى:"**ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل**"(١).

وجـــه الدلالـــة:أن المـــال إذا حصـــل المحكوم له عليه ببينة مزورة،فقد أكل مال المحكوم عليه بالباطل ،وقد بينت الآية حرمة ذلك.

٢- **الإجمـــاع**:فقـــد أجمـــع العلماء على أن حكم الحاكم في الأموال ،والأملاك المطلقة عن ذكر السبب ،إذا استند على بينة مزورة لا يحل في الباطن (٢).

٣- لأن الملك لا بد له من سبب ،وليس بعض الأسباب بأولى من بعض (٣)

وأما إن كان المحكوم فيه يتعلق بعقد أو فسخ أو طلاق فقد اختلف فيه الفقهاء على قولين :

-**القـــول الأول**: أن حكم الحاكم لا يزيل عن الشيء صفته،فلا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً،سواء كـــان فـــي الأمـــوال أو فـــي غيرها،من نكاح أو طلاق أو نحوه،وبه قال مالك والشافعي وأحمد والأوزاعي وأبو ثور ومحمد بن الحسن وأبو يوسف في قوله الأخير والظاهرية (٤) .

---

(١)سورة البقرة،آية١٨٨.

(٢)-ابن عابدين،رد المحتار،ج٥،ص٤٠٦.
-ابن الهمام،شرح فتح القدير،ج٦،ص٤٠٠.
-ابن فرحون ،تبصرة الحكام،ج١،ص٦٠،
-ابن رشد،بداية المجتهد،ج٢،ص٥٦٦.
-ابن رجب،القواعد،ص٢١٨.

(٣)ابن عابدين،رد المحتار،ج٥،ص٤٠٦.

(٤)-الحسام الشهيد ،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٣٢٩.
-الكرلاني،الكفاية شرح الهداية،ج٦،ص٣٩٩.
-ابن عابدين،رد المحتار،ج٥،ص٤٠٥.
-الجعلي،سراج السالك شرح أسهل المسالك،ج٢،ص٢٠٠.
-ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٦٠.
-الزرقاني،شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك،ج٣،ص٣٨٤.
-الشافعي،الأم،ج٦،ص١٩٩.
-ابن حجر ،تحفة المحتاج،ج٤،ص٣٦٦.
-النووي،المجموع،ص١٥١.
-ابن أبي الدم،،أدب القضاء،ص١٣٠.
-ابن قدامة،المغني،ج٩،ص٦٠.
-ابن مفلح،المبدع،ج١٠،ص٩٩.
-ابن حزم،المحلى،ج٩،ص٤٢٢.
-الشوكاني،محمد بن علي،(ت١٢٥٥ه).الدراري المضية شرح الدرر البهية،دار الجيل،بيروت،١٩٨٧،ج٢، ص٤١٧.

-**القول الثاني**: أن حكم الحاكم إذا كان يتعلق بعقد كالنكاح أو بفسخ أو طلاق ينفذ ظاهراً وباطناً، وبه قال أبو حنيفة وبعض المالكية وأبو يوسف في قوله الأول (١) .

واشترط لنفاذ الحكم ظاهراً وباطناً شروطٌ منها :-

١- أن يكون للقاضي ولاية إنشاء هذا العقد أو الفسخ .

٢- أن لا يعلم القاضي بكذب الشهود.

٣- أن يكون المحكوم فيه قابلاً للإنشاء .

وينفذ القضاء بشهادة الزور ظاهراً وباطناً،حيث كان المحل قابلاً، والقاضي غير عالم بزورهم في العقود كبيع ونكاح وفسخ كإقالة أو طلاق أو نحوه.

قال في الدر المحتار "إن كان سبباً يمكن إنشاؤه،وإلا لا ينفذ اتفاقاً كالإرث،وكما لو كانت المرأة محرمة،بنحو ردة أو عدة،كما لو علم القاضي بكذب الشهود حيث لا ينفذ أصلاً،كالقضاء باليمين الكاذبة"

وشرحها ابن عابدين:

- "إن كان سبباً يمكن إنشاؤه" مثل البيع والنكاح والإجارة .

- "كالإرث" فإنه وإن كان ملكاً لسبب،إلا أنه لا يمكن إنشاؤه،فلا ينفذ القضاء فيه بشهود زور باطناً إتفاقاً .

- "لو كانت المرأة محرمة" أراد بها أن يكون المحل قابلاً،فإذا ادعى أنها زوجته،وأثبت ذلك بشهادة الزور،وهو يعلم أنها محرمة عليه بكونها منكوحة للغير أو معتدة أو بكونها مرتدة،فإنه لا ينفذ باطناً اتفاقاً؛لأنه وإن كان الملك بسبب لكن لا يمكن إنشاؤه.

-" لو علم القاضي" أراد بها أن يكون القاضي غير عالم بزورهم (٢)

وقد فصل ابن الهمام هذه الشروط وبينها (٣).

---

(١)-الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٣٢٩.
-ابن عابدين،رد المحتار،ج٥،ص٤٠٦.
-ابن فرحون،تبصرة الحكام،ج١،ص٦٠.
(٢)-ابن عابدين،رد المحتار،ج٥،ص٤٠٦.
-ياسين،نظرية الدعوى،ص٦٧٧.
-أبو البصل،نظرية الحكم القضائي،ص٤٣٢.
(٣)ابن الهمام،شرح فتح القدير،ج٦،ص٣٩٨-٣٩٩.

ويظهر ثمرة هذا الخلاف في مسائل منها:

١- إذا ادعت المرأة على زوجها أنه طلقها ثلاثاً،وأقامت على ذلك بينة مزورة،وحكم بها القاضي،وبعد انتهاء العدة تزوجت بآخر، فعلى قول الجمهور لا يحل للزوج الثاني وطؤها،إذا كان عالماً بحقيقة أمرها،وأن طلاقها من الأول كان قائماً على شهادة زور،وعلى القول الثاني يحل له وطؤها،وإن كان عالماً بحقيقة الحال؛لأن الحكم نفذ ظاهراً وباطناً.(١)

٢- إذا ادعى رجل أنه تزوج امرأة،وأقام على ذلك شاهدي زور،وحكم له القاضي بنكاحها ،فلا يجوز لهذا الرجل أن يطأها؛لعلمه بأنها لا تحل له،وليست زوجة في حقيقة الأمر على قول الجمهور،ويحل له وطؤها؛لأن حكم القاضي نفذ ظاهراً وباطناً على قول أبي حنيفة ومن معه.(٢)

٣- لو أن امرأة أقامت بشاهدي زور،على رجل أنه تزوجها بمهر وولي وشاهدين،فأمضى القاضي النكاح لم يكن لها أن تمكنه من نفسها بذلك النكاح عند الجمهور،ويسعها المقام معه وتمكينه منها عند أبي حنيفة ومن معه.(٣)

(١)-الكرلاني،الكفاية شرح الهداية،ج٦،ص٣٩٨.
-الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٣٣٢.
-ابن عابدين،رد المحتار،ج٥،ص٤٠١٦.
-ابن دقيق العيد،إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام،ج٤،ص١٦٤.
(٢)-الجعلي،سراج السالك شرح أسهل المسالك ،ج٢،ص٢٠٠.
-ابن عابدين،رد المحتار،ج٥،ص٤٠٥.
-الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٣٣١.
-ابن حزم،المحلى،ج٩،ص٤٢٢.
-عبدالله،الكواكب الدرية،ج٤،ص٢٥.
-ابن رشد،بداية المجتهد،ج٢،ص٥٦٦.
(٣)الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٣٣٥.

-أدلة الجمهور:

١-عـــن أم ســـلمة زوج النبي -صلى الله عليه وسلم - أنه سمع خصومة بباب حجرته ، فخرج إلـــيهم فقـــال : "إنما أنا بشر ،وإنه يأتيني الخصم ،فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض، فأحسب أنـــه صادق فأقضي له بذلك ، فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار ، فليأخذها أو ليتركها "(١)

وجـــه الدلالـــة: دل الحـــديث علـــى أن القاضـــي يحكـــم بالظاهر،والظاهـــر قـــد يكـــون خـــلاف الحق،كيمـــين كاذبـــة أو شـــهادة زور،أو أي بيـــنة مـــزورة ،وبـــين الحـــديث أن قضاء القاضي لا يحل حراماً،ولا يحرم حلالاً،فمن وجب له حق ببينة مزورة أو يمين كاذبة، فـــلا يأخذه؛لأنـــه في الباطن يعلم أنه ليس له،وقد استشهد الفقهاء بهذا الحديث على هذه المسألة وجعلوه عمدة لها ،والحديث عام بالنسبة لسائر الحقوق.(٢)

٢-القـــياس علـــى الأموال،فهـــو حكـــم بـــشهادة زور،لا يحـــل بـــه مـــا كـــان محرماً كالمال المطلق.(٣)

٣- إذا كـــان قضاء النبي -صلى الله عليه وسلم- لا يحل لأحد ما كان عليه حراماً ،فكيف القول في قضاء من بعده. (٤)

٤- الإجمـــاع:فقد نقل النووي إجماع الفقهاء على أن حكم الحاكم لا يحل حراماً،ولا يحرم حلالاً فـــي الأمـــوال وفـــي غيـــرها،بل إنه في الفروج أولى من الأموال ،وأن هذه قاعدة أجمع عليها العلماء،ومنهم أصحاب القول الثاني ،فقال:" جماهير علماء الإسلام وفقهاء الأمصار من الصحابة والتابعـــين ومـــن بعـــدهم أن حكـــم الحـــاكم لا يحـــل حـــراماً ولا يحـــرم حلالاً،فـــإذا شـــهد شـــاهد زور لإنسان بمال،فحكم به الحاكم لم يحل للمحكوم له ذلك المال، ولو شهدا عليه بقتل لم يحـــل للولـــي قـــتله،مع علمـــه بكـــذبهما،وإن شـــهدا بالـــزور أنـــه طلـــق امـــرأته،لم يحـــل لمن علم بكذبهما أن يتزوجها،بعد حكم القاضي بالطلاق ،وقال أبو حنيفة يحل حكم الحاكم الفـــروج دون الأموال فقال يحل نكاح المذكورة،وهذا مخالف لهذا الحديث الصحيح،ولإجماع من

---

(١)سبق تخريجه،ص١٧.
(٢)- الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٣٢٩.
-ابن رشد،بداية المجتهد،ج٢،ص٥٦٦.
-الشافعي،الأم،ج٦،ص١٩٩.
-ابن دقيق العيد،إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام،ج٤،ص١٦٦.
(٣)ابن قدامة،المغني،ج٩،ص٦٠.
(٤)ابن حزم،المحلى،٩،ص٣٢٤.

قبله ومخالف لقاعدة وافق هو وغيره عليها،وهي أن الأبضاع أولى بالاحتياط من الأموال".(١)

٥- إن شرط صحة الحكم وجود الحجة،وإصابة المحل، والبينة في مسألتنا شهادة زور، لا تحصل بها الحجة،فحجة الحكم البينة العادلة،التي تظهر الحق ،وليس شهود الزور.(٢)

أدلة القول الثاني :

١-الأثر المروي عن علي -رضي الله عنه -"أن رجلاً ادعى على امرأة ذات نسب نكاحاً ،فأبت أن تتزوجه فرفع أمرها إلى علي رضي الله عنه،وأقام عليها شاهدين فقضى علي بينهما بالزوجية ،فقالت :والله ما تزوجني يا أمير المؤمنين، اعقد بيننا عقداً حتى أحل له ،فقال: شاهداك زوجاك"

وجه الدلالة: أن علياً رضي الله عنه رفض تجديد النكاح ،فاعتبر الحكم إمضاءً له، ولو لم يكن للقاضي إنشاء هذا العقد،لما امتنع علي عن تجديد العقد عند طلبها ورغبتها بالزواج، وكان ذلك تحصيناً لها من الزنا،وصيانة لذلك الرجل .(٣)

٢- أن النكاح ينفسخ باللعان،وهذا حكم ثابت بالشرع،وقد علم أن أحد المتلاعنين كاذبٌ،وبه تحرم المرأة على زوجها الملاعن وتحل لغيره ،مع أن الباطن أن أحدهما كاذب،وهي في الحكم الصادر تحل من القاضي من باب أولى.(٤)

---

(١)-النووي،صحيح مسلم بشرح النووي،ج١٢،ص٦.
وقد نقل هذا النص:
-الشوكاني في نيل الأوطار ،ج٩،ص١٨٨.
-وابن دقيق العيد في إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام،ج٤،ص١٦٦.
-وابن حجر في فتح الباري،ج١٣،ص١٧٦.
(٢)ابن حجر ،فتح الباري،ج١٣،ص١٧٦.
(٣)-الحسام الشهيد ،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٣٣١.
-ابن عابدين ،رد المحتار،ج٥،ص٤٠٦.
-ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص٦١.
-ابن حجر ،فتح الباري،ج١٣،ص١٧٩.
(٤)-ابن رشد ،بداية المجتهد ،ج٢،ص٥٦٦.
-ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص٦١.

فكـل قضـاء ليس فيه تمليك مال،فهو على الظاهر،فلو كان في الباطن خلافه،وحكم الحاكم يحدث في ذلك التحريم والتحليل .(١)

٣- أن القاضـي قـد حكـم بحجة شرعية دينية عادلة في علمه،وهو غير مكلف بالاطلاع على بواطـن الأمور،فإذا حكم بشهادتهم فقد التزم بما أمره الله به،وعدم نفاذ حكمه بالباطن إبطالٌ لما وجب بالشرع ،وصيانة الحكم عن إبطاله مطلوبة شرعاً .(٢)

٤-لو لم ينفذ الحكم في العقود والفسوخ ظاهراً أو باطنا؛لأدى إلى أن تحل المرأة لأكثر من زوج في وقت واحد ،فلو حكم بالطلاق لبقيت حلالاً للزوج الأول باطناً وللثاني ظاهراً،فلو ابتلي الثاني مـثلما ابتلي الأول حلت للثالث ،فتحل لجمع من الأزواج في زمن واحد،بخلاف ما لو قلنا بنفاذه باطناً فإنها لا تحل إلا لواحد.(٣)

-الترجيح ومناقشة الأدلة:

أجاب الحنفية على حديث أم سلمة بأنه في المال.(٤)

وأجيـب علـيهم بـأن الحديـث عـام بالنسـبة لسـائر الحقـوق ولا يقتصـر علـى الأموال.(٥)

أما القياس فهو قياس مع الفارق؛لأن القاضي له ولاية إنشاء العقود والفسوخ،بخلاف الأملاك المرسلة.

فالقاضـي قضـى بحجة شرعية فيما له ولاية الإنشاء فيه،فجعل الإنشاء تحرزاً عن الحـرام بخـلاف الأموال،فـإن القاضـي لا يملـك دفـع مـال زيد إلى عمرو،ويملك إنشاء العقـود والفسـوخ،فإنه يملـك بـيع أمة زيد مثلاً من عمرو خوف الهلاك للحفظ،وحال الغيبة، ويملك إنشاء النكاح على الصغيرة،والفرقة على العنيين .(٦)

ونـاقش الجمهور أدلة أبي حنيفة بأن الخبر عن علي لم يثبت ،قال ابن حجر في فتح الباري بعد أن ذكر أثر علي:"وتعقب بأنه لم يثبت عن علي"(٧)

---

(١)الشوكاني،نيل الأوطار،ج٩،ص١٦٩.
(٢)ابن حجر،فتح الباري،ج١٣،ص١٧٦.
(٣)المصدر نفسه،ج١٣،ص١٧٦.
(٤)-الشوكاني،نيل الأوطار ،ج٩،ص١٨٧.
-ابن حجر،فتح الباري،ج١٣،ص١٧٥.
(٥)ابن دقيق العيد،إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام،ج٤،ص١٦٦.
(٦) ابن حجر،فتح الباري،ج١٣،ص١٧٦.
(٧)المصدر نفسه،ج١٣،ص١٧٦.

وإن صح وثبت فلا حجة لهم فيه؛لأن علياً أضاف التزويج إلى الشاهدين،لا إلى الحكم ولم يستجب لطلب المرأة إلى التزويج؛لأن فيه طعناً بالشهود .(١)

كما أن الخصاف ذكر رواية للحديث فيها أن الرجل قد تزوجها بعد ذلك .(٢)

وقد أجيب على استشهادهم بأن النكاح ينفسخ باللعان، بأن الفرقة إنما وقعت عقوبة للعلم بأن أحدهما كاذب،وهو أصل بذاته فلا يقاس عليه"(٣) .

وأجيب على الدليل الثالث بأن الحجة للنفوذ،وليس من ضرورة وجوب القضاء،أن ينفذ في الباطن،وصيانة القضاء عن الإبطال، إنما تكون إذا صادف بينة عادلة وحجة صحيحة .(٤)

ويجاب على الدليل الرابع بأن المرأة تحرم على الثاني،إذا علم أن طلاقها من الاول كان مبنياً على شهادة زور،فإذا دخل بها معتمداً على الحكم مع علمه بأنه مبني على شهادة زور،فقد ارتكب محرماً،كما لو أكل بالحكم مال غيره،وكذا الحال بالنسبة للثالث،ويترتب الفحش من الإقدام على ما حرم الله.(٥)

فالراجح قول الجمهور لقوة أدلتهم وضعف أدلة الحنفية؛حيث أنهم اعتمدوا على أثر علي وهو خبر لم يثبت،وعلى فرض ثبوته فالاستناد كان إلى الشاهدين وليس إلى الحكم،بالإضافة إلى الإجابة على الشُبه التي أثاروها من أن المرأة لن تحل إلا إلى واحد،كما أن البينة الباطلة لا يعتمد عليها،وما بني على باطل فهو باطل ،كما أن الاحتياط في صيانة الفروج أولى من الاحتياط في صيانة الأموال،والقول بنفاذ الحكم باطناً وظاهراً طمأنينة لمن حصل على ما ليس له بغير حق ، بأن الحكم الذي حصل عليه نافذ في الظاهر والباطن .

وقد نقل ابن حجر في تحفة المحتاج الإجماع على أن أحكام الدنيا في الظاهر وأمر السرائر إلى الله ، فقال " أجمعوا على أن أحكام الدنيا على الظاهر،وأن أمر السرائر إلى الله "(٦) ، أما في القانون،فلا تدخل الأحكام القضائية في اعتقادات الناس،وتلزمهم بالحكم القضائي بغض

---

(١)ابن قدامة ،المغني،ج٩،ص٦١.
(٢)الحسام الشهيد،شرح أدب القاضي للخصاف،ص٣٣١.
(٣)-ابن رشد،بداية المجتهد،ص٥١٧.
-الشوكاني،نيل الأوطار ،ج٧،ص١٨٧.
-ابن حجر،فتح الباري،ج١٣،ص١٧٥-١٧٦.
(٤) ابن حجر،فتح الباري،ج١٣،ص١٧٦.
(٥)المصدر نفسه،ج١٣،ص١٧٦.
(٦) ابن حجر ،تحفة المحتاج،ج٤،ص٣٦٦.

النظـــر عن كونه يتعارض مع اعتقاداتهم أو يتوافق،فسبب هذا الاختلاف بين طبيعة القوانين والأحكــام الشــرعية،أن القوانيــن لا تعتنــي إلا بتنظــيم العلاقــات الخارجــية بيــن أفــراد المجــتمع،ولا تتدخل بعقائدهم أو أخلاقهم الشخصية،بخلاف الشريعة التي تهتم بالإنسان وشخصــيته وعقــيدته وأخلاقــه؛لأن منــبع الشــريعة هــو الله عــز وجــل الذي خلق النفس البشــرية،والقادر على مراقبة الإنسان بمظهره الخارجي وبداخله وفكره واعتقاده،وهذا مالا يقدر علــيه قــانون مــن وضــع البشــر،وإنما يقتصــر ســلطانه على ما يُظهر الإنسان من سلوك خارجي (١) .

---

(١)ياسين،حجية الحكم القضائي،ص٣٠.

" الاستنتاجات والتوصيات"

الحمـــد لله الـــذي بنعمـــته تتم الصالحات ، والصلاة والسلام على خير البرية، وهادي البشرية محمد بن عبد الله ، وعلى من سار على نهجه وهداه إلى يوم الدين وبعد:

فقد توصلت من خلال هذه الدراسة إلى النتائج التالية :

-أن الحكـــم القـــضائي هو فصل الخصومة بقول أو فعل أو تقرير معنى في محل قابلٍ له،يصدر عن القاضي ومن في حكمه .

-أن الحكـــم بالصحة هو ما كان متوجهاً إلى العقد نفسه صريحاً ،وإلى آثاره تضمناً ،وأن الحكم بالمـــوجب هـــو ما كان متوجهاً إلى الآثار صريحاً،وإلى العقد تضمناً،فالحكم بالموجب أقوى من حيث أنه يتناول الصحة وآثارها صراحة .

- أركـــان الحكـــم القضائي هي: القاضي والمقضي به والمقضي فيه والمقضي له والمقضي عليه والطريق.

-أن بطـــلان الحكم القضائي هو: وصف يلحق بالحكم القضائي لوجود عيب أو خلل في مقوماته أو فـــي أصول التقاضي و إجراءاته الخاصة به يؤدي إلى عدم اعتبار الشارع له ، وعدم ترتب آثاره المقصودة منه عليه واستحقاقه للنقص .

-أن بطـــلان الحكـــم القـــضائي يختلف عن إبطاله،فبطلان الحكم وصف يلحق بالحكم القضائي يـــدل على أنه لا أثر له شرعاً،أما الإبطال فهو إظهار البطلان ومنع ترتب آثاره عليه من خلال الطـــرق والإجراءات التي يحددها ولي الأمر في كل زمان ومكان لإبطال الحكم،وهي في الوقت الحاضـــر طرق الطعن في الحكم القضائي على سبيل الحصر؛فالبطلان قبل الإبطال ، فالبطلان وصف والإبطال تصرف .

-أن بطـــلان الحكـــم القضائي أمر معتبر في الشرع وثابت في الكتاب والسنة و آثار الصحابة ، ويتفق مع قواعد الشريعة وأصولها ، ويعتبر طريقاً من طرق إقامة العدل ، وإحقاق الحق ،فليس من العدل تنفيذ حكم يشتمل على ظلم أو خطأ يستوجب بطلانه .

-أن فقـــدان الـــشروط الواجب توفراها في القاضي ابتداءً سبب في بطلان الأحكام القضائية،وما يمنع القضاء ابتداءً يمنعه دواماً.

- إذا عرض للقاضي ما يشغل فكره من غضب أو ضجر أو جزع أو جوع أو نحوه ،فينظر إلى الحكـــم ،فـــإذا صدر موافقاً للحق ولم يتأثر بما عرض للقاضي ،كان الحكم صحيحاً ونافذاً ،وإذا صدر مخالفاً للحق ،كان باطلاً ومردوداً ،فالعبرة في تحقيق الحكم لمقصوده،والقانون لم يتعرض

للحالـــة النفـــسية للقاضي حال نظره الدعوى،أو إصداره للحكم ،وإنما ينظر إلى ذات الحكم ،فإن كان صحيحاً نفذ ،وإن كان باطلاً يطعن به بالطرق المقررة للطعن.

-لا يحـــق للقاضي الخوض في المسائل التي تدخل في اختصاصه كقاضٍ مما قد يعرض عليه فـــي المحكمـــة ؛لأنه قد يعرض عليه ما سبق أن خاض فيه كخصومة قضائية فيكون حديثه فيها كـــالحكم منه لهذا الخصم ،مما قد يضطره للالتزام بما أبداه فيها من رأي ،ويكون هذا خلاف ما توصل إليه في القضية أثناء نظرها كقرائن أو إثباتات لم تكن ظاهرة له قبل ذلك.

-يـــشترط لـــصحة المطالـــبة في المدعى به أن يكون معلوماً ومحتمل الثبوت عقلاً وعادةً ،وأن يـــتعلق به غرض صحيح ،فلم يجلس القاضي ليفصل في الأمور التافهة والأشياء الحقيرة ،أو لما يكذبه العقل،فلا تسمع دعوى لمن يدعي على شخص أنه ابنه والمدعى عليه أكبر منه سناً .

-الدعوى جزء لا يتجزء من الحق ،ولا يتصور وجود دعوى دون أن تستند إلى حق ،ولا يوجد حق دون أن تحميه دعوى.

-اتفـــق الفقهـــاء علـــى بطـــلان الحكـــم بغير ما أنزل الله ،وعلى وجوب الحكم بالقرآن والسنة والإجماع.

-جواز تقنين الأحكام لأنه يمكن القاضي غير المجتهد-وهذا حال أغلبهم- من القيام بتطبيق هذه الأحكـــام القانونـــية على الحوادث ،والوصول إلى حكم صائب مستنده مواد قانونية،وضعها كبار فقهاء الأمة في ذلك العصر، مستندين في ذلك إلى نصوص الكتاب والسنة،واجتهادات من سبقهم من الفقهاء ،وإن طرأ تغيير على واقع الناس،ثبت من خلاله أن هذا الحكم القابل للتغيير في نظر الـــشرع،لم يعـــد يتناسب مع واقع الناس وحالهم أعادوا النظر في المادة القانونية التي تحتاج إلى إعـــادة نظر،واجتهدوا فيها وتوصلوا إلى ما يصلح لحال الناس،بما لا يتعارض مع شرعنا وديننا وكـــتاب ربـــنا وســـنة نبينا -صلى الله عليه وسلم- ،وعلى القاضي في هذه الحالة الالتزام بهذا القانون ،ولا يجوز له القضاء بغيره؛لأنه وليٌ على أن يقضي به،فهو معزول عن القضاء بغيره.

-بطـــلان الحكم القضائي الصادر على الغائب دون تبليغه تبليغاً صحيحاً ،وصحة الحكم القضائي الـــصادر فـــي حق الغائب إذا ثبت الحق عليه بالبينة،وحلف المدعي يمين الاستظهار مع احتفاظ الغائب بحقه في الطعن بالحكم وإبطاله.

-بطـــلان الحكم الصادر من القاضي لصالح شخص ممن لا تقبل شهادته للقاضي ،ولا يحوز هذا الحكم أي قدر من الحجية.

-بطلان الحكم المبني على الإقرار ،إذا كان المقر ليس أهلاً للإقرار .

-بطلان الحكم المبني على الإقرار ،إذا كان المقر له مجهولاً أو ليس أهلاً للاستحقاق .

-بطـــلان الحكــم المبنـــي على الشهادة ،إذا تخلف شرط من شروط الشاهد المعتبرة ،وقد اتفق الفقهـــاء على بعض هذه الشروط كالإسلام والعقل والبلوغ واختلفوا في بعضها كالحرية والعدالة وسلامة الحواس .

-بطلان الحكم المبني على الشهادة لخلل في شروطها ، فلا تقبل الشهادة على الدعوى في غير مجلس القضاء ، كما لا تقبل بأي لفظٍ لا يدل عليها على الراجح .

-بطـــلان الحكم إذا كان مبنياً على يمين لم تتحقق شروطها ، كأن يكون الحلف بغير الله أو عدم أهلية الحالف .

-بطـــلان الحكــم فـــي الحـــدود بالقـــرائن ،لأن الحدود تدرأ بالشبهات احتياطاً ،ويحكم بها في المعاملات المالية والأحكام الشخصية .

-بطـــلان الحكم القضائي المستند إلى علم القاضي الشخصي ،مراعاة لمقاصد الشريعة من درء المفـــسدة المتـــرتبة علـــى حكـــم القاضي بعلمه من التشكيك بنزاهة القضاء ودخول التهمة على القاضي،ومنع قضاة السوء من استغلال الحكم بعلمهم بظلم الناس.

- أن من أسباب بطلان الحكم القضائي وجود خلل في أصول التقاضي وإجراءاته ،وتختلف هذه الأصـــول باخـــتلاف الـــزمان والمكـــان ،وحجج المشاكل والقضايا ،وفساد الناس وصلاحهم ، والمقصود بهذه الأصول والإجراءات الخطوات والقواعد التي تبين كيفية التقاضي بدءاً من رفع النـــزاع إلـــى حـــين صدور حكم فاصل في الدعوى،وتشمل إجراءات الطعن في الحكم ،ووضع تنظـــيم لأصـــول وإجراءات التقاضي يتفق مع مقاصد الشريعة ويعتبر من باب السياسة الشرعية الموكلة إلى ولي الأمر في كل زمان .

-بطلان الحكم الصادر إذا لم يكن التوكيل بالخصومة صحيح،والحاجة ماسة للوكالة سيما مع دقة إجـــراءات التقاضـــي، ويـــشترط فـــي هذه الحالة التحقق من صحة الوكالة ،فإذا لم تكن الوكالة صحيحة وفق الإجراءات المتبعة في التوكيل ،يكون الحكم الصادر باطلاً لعدم صحة التوكيل.

-بطـــلان الحكـــم الصادر مع عدم الالتزام بالاختصاص في العمل القضائي ،ولا يجوز للقاضي تجـــاوز حـــدود اختـــصاصه الوظيفي والمكاني والقيمي والشخصي،وإن تجاوز هذه الحدود كان الحكم الذي يصدر عنه مردوداً وباطلاً،فهو معزول عن النظر في غير ما يدخل في اختصاصه.

-بطـــلان الحكـــم الـــصادر في دعوى منع القاضي من النظر فيها للتقادم ،فالقاضي معزول عن النظر فيها.

-بطـــلان الحكم الصادر في دعوى غير واضحة أو غير صحيحة حيث أن الخصم لا يسأل عن دعوى غير صحيحة أو غير واضحة .

-بطلان الحكم القضائي إذا جرت المحاكمة بصورة سرية من غير وجود سبب من الأسباب التي تبيح ذلك،ويعتبر الحكم الذي لم ينص فيه على العلنية باطلا ،حيث لا بد من النص على أن المحاكمة جرت بصورة علنية ،وهذا معتبر في الفقه الإسلامي؛تحقيقا لمصلحة الخصوم في قضاءٍ عادل ،حيث أن العلنية ضمانة من ضمانات نزاهة القضاء ،بالإضافة لما لها من أثر في حفظ هيبة القضاء .

-بطلان الحكم لعدم الخصومة الحقيقية بين أطراف النزاع ،بأن يكون المقصود من الدعوى الاحتيال والحصول على حكم بهدف الهروب من دين مثلاً .

-بطلان الحكم لعدم الخصومة بأن يكون المدعي لا مصلحة له في الدعوى .

-يختلف شرط الصفة في المدعي أو المدعى عليه ،فلا بد من توافر شرط الصفة فيهما ،بينما تشترط المصلحة في المدعي فقط،فلا مصلحة للمدعى عليه في إقامة الدعوى ضده.

-بطلان الحكم المبني على اليمين إذا تم تحليفها بدون طلب من المدعي؛حيث أنها خالص حقه، ولا تستوفى إلا بطلبه .

-بطلان الحكم على الغائب إذا لم يحلف المدعي يمين الاستظهار؛حيث أنها شرط في الحكم على الغائب .

-بطلان الحكم القضائي إذا أصدر القاضي من تلقاء نفسه دون طلب من المدعي كان باطلاً لا يستحق التنفيذ .

-أن من أسباب بطلان الحكم القضائي وجود خلل في إصداره ،حيث أنه لا بد من توافر شروط معينة في إصدار الحكم القضائي ،حتى يحقق الغاية من نصب القضاء وإقامته،من حيث شكل الحكم وصيغته ووقت إصداره،وعلانية هذا الإصدار ومحتوياته وتسبيبه ونحوه .

-أن القاضي إذا تغير اجتهاده قبل إصدار الحكم،فيجب على القاضي الحكم بما تغير إليه اجتهاده؛لأن القاضي مطالب بالحكم بالحق،وما تغير إليه اجتهاده يعتبر الحق عند هذا القاضي،فلا يجوز له الحكم بغيره،فهو مكلف بأن يبذل جهده في الوصول للحق،فإذا حكم بالاجتهاد السابق،فقد حكم بما يعتقد أنه باطل .

-أن القاضي إذا تغير اجتهاده بعد صدور الحكم،فإما أن يكون الاجتهاد الأول قد ناقض نصاً أو إجماعاً أو قياساً جلياً،فهذا ينقض فيه الحكم بلا خلاف ،إذ الاجتهاد لا يقوى على معارضة النص أو الإجماع .

-أن القاضـــي إذا كـــان اجتهاده لا يعارض نصاً أو إجماعاً، فلا يجوز له الرجوع عنه ،فالحكم الأول مبنـــي علـــى اجتهاد،والثانـــي مبني على اجتهاد ،وليس أحدهما بأولى من الأخر ،أما في الحوادث المستقبلة فيحكم باجتهاده الجديد .

- أن مـــن الواجب على الحاكم مراقبة أحكام قضاته وتصفحها ،إما بنفسه أو بهيئة قضائية تكون مهمـــتها مـــراقبة الأحكـــام القـــضائية واستكمالها لشروطها وأركانها،وسيرها وفق الإجراءات الموضوعة لهذا الغرض .

-لا يجـــوز للقاضي تعقب أحكام من قبله إلا إذا توفر سبب يدعو إلى ذلك،كما إذا رفع تظلم من المحكـــوم عليه على القاضي السابق، القاضي الجائر المعروف بجوره وظلمه،أو إذا كان القاضي ممن لا يصلح للقضاء.

-أن القاضـــي إذا قـــصر في البحث والاجتهاد للوصول إلى حكم قضائي صحيح أو تعمد ذلك، مسؤول وضامن لما يترتب على خطئه من تلف أو ضرر .

-الطـــريق إلى إبطال الحكم القضائي الفاصل في الخصومة هو الطعن به بالطرق المقررة قانوناً علـــى ســـبيل الحـــصر ،وبإجراءات خاصة ومواعيد محددة إذا انقضت أصبح الحكم غير قابل للطعن .

-أن مـــن أهـــم آثار الحكم القضائي الصحيح استحقاقه للتنفيذ،والحكم القضائي الباطل لا يستحق التنفيذ ،فبمجرد صدور الحكم ببطلانه يصبح لا وجود له ولا أثر .

-أن الحكـــم القضائي المبني على بينة مزورة لا ينفذ في الأموال إلا ظاهراً ،وأما ما للقاضي فيه ولايـــة الإنـــشاء،فاختلف فيه الفقهاء على قولين،فقال أبو حنيفة ينفذ ظاهراً وباطناً،والراجح قول الجمهـــور بأنـــه يـــنفذ ظاهـــراً ولا ينفذ باطناً كالأموال ،فالاحتياط للأبضاع أولى من الاحتياط للأموال.

والله أســـأل أن يتقبل هذا العمل ويجعله في ميزان حسناتنا يوم القيامة، فقد بذلت فيه من الجهـــد ما استطعت إليه سبيلاً،ولكن الجهد البشري طبيعته النقص ، فما أصبت فيه فمن الله ، وما أخطأت فمن نفسي ومن الشيطان .

والله أسأل أن يجزي أستاذنا الفاضل الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين خير الجزاء على جهوده معي،وعلى ما منحني من وقت وجهد، ومن لا يشكر الناس لا يشكر الله

والله الموفق وهو الهادي إلى سواء السبيل .

(الباحث)

-قائمة المصادر والمراجع -

-إبراهيم أنيس وآخرون. **المعجم الوسيط.**(ط٢). مصر : دار المعارف.

-الأشقر ، عمر سليمان ،(٢٠٠١). **الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ،** (ط٢).عمان : دار النفائس.

-الآمدي ،سيف الدين أبي الحسن علي، (ت ٦٣١هـ). **الإحكام في أصول الأحكام** ،١٩٦٨م.

- آمال، الفرايزي ،(١٩٩٠).**ضمانات التقاضي** ، دار المعارف :الإسكندرية.

-البابرتي،محمد بن محمود،(ت٧٨٦هـ).**العناية شرح الهداية**،دار إحياء التراث العربي،بيروت.

-البخاري ، أبو عبد الله محمد ابن إسماعيل ، (ت٢٥٦هـ) .**صحيح البخاري** ، (ط٣) ،٦م ومجلد للفهارس ،(تحقيق د. مصطفي ذيب البغا) ، دار ابن كثير للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٧م.

-أبو البركات،أحمد الدردير. **الشرح الكبير**،٤م،(تحقيق محمد عليش)،دار الفكر ،بيروت.

-أبو البصل ، عبد الناصر ، (١٩٩٩) . **شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي** ،(ط١). عمان.

-__________،(٢٠٠٠م) **نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون** (ط١)،عمان:دار النفائس .

-ابن بطال ، محمد بن أحمد ،(ت٦٦٣هـ).**النظم المستعذب في شرح غريب المهذب** ،والمطبوع بذيل المهذب ،(تحقيق الشيخ زكريا عميرات)،ط١ ،دار الكتب العلمية ،بيروت، ١٩٩٥م.

-البهوتي ،منصوربن يونس،(ت١٠٥١). **شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى**،عالم الكتب ،بيروت

-__________، **كشاف القناع** ، ٦م، (تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال)،دار الفكر ، بيروت ، ١٤٠٢هـ.

-البيجوري،إبراهيم.**حاشية الشيخ إبراهيم البيجوري على شرح ابن القاسم الغزي على متن أبي شجاع**،ط١،(تحقيق محمد عبد السلام شاهين)،١٩٩٤م.

-البيهقي ،أحمد بن الحسين،(ت٤٥٨هـ). **السنن الكبرى**،ط١٠،١م،دار المعرفة،بيروت،١٣٥٥هـ.

- الترمذي ، أبو عيسى محمد بن عيسى ، (ت٢٩٧هـ).الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي ، ٥م، (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي)، دار الكتب العلمية، بيروت.

-التفتازاني،سعد الدين مسعود بن عمر،(ت٧٩٢هـ). **شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه** ،دار العهد الجديد للطباعة،مصر .

-الجرجاني،علي بن محمد (ت٨١٦هـ). **التعريفات** ،ط٣، دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٩٨٨م.
- الجزري ، المبارك بن محمد بن الأثير، (ت٦٠٦هـ).**جامع الأصول في أحاديث الرسول** ، ط ١ ، ١١م مع ٤م فهارس ،(تحقيق عبد القادر الأرناؤوط) ،دار الفكر ، بيروت ، ١٩٨٣م.
-الجعلي،عثمان بن حسنين.**سراج السالك شرح أسهل المسالك**،١م،المكتبة الثقافية،بيروت، ١٩٨٨م.
-الحاكم،محمد بن عبد الله،(ت٤٠٥هـ).**المستدرك على الصحيحين**،٤م،دار الفكر ،بيروت،١٩٧٨.
-ابن حجر ، أحمد بن علي العسقلاني ، (ت ٨٥٢).**فتح الباري بشرح صحيح البخاري** ، ١٣م، (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي)، المكتبة السلفية.
-ابن حجر الهيثمي، أحمد بن علي ،(ت٩٧٤هـ) .**تحفة المحتاج بشرح المنهاج** ،ط١، (تحقيق عبد الله محمود محمد عمر)،دار الكتب العلمية ، بيروت ،٢٠٠١م.
-حدادين ،لؤي جميل (٢٠٠٠).**نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية** ، (ط١).عمان.
-ابن حزم ، أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد، (ت٤٥٦هـ) .**المحلى** ،(تحقيق أحمد محمد شاكر)،دار الفكر،بيروت.
-الحسام الشهيد ، عمر بن عبد العزيز ،(ت٥١٠هـ). **شرح أدب القاضي للخصاف** ،(تحقيق أبو الوفا الأفغاني ، وأبو بكر محمد الهاشمي) ، دار الكتب العلمية بيروت ،١٩٩٤م.
-الحطاب،محمد بن عبد الرحمن،(ت٩٥٤). **مواهب الجليل**،ط٦،٢م،دار الفكر ، بيروت،١٣٩٨.
-حيدر علي، (١٩٩١) ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية** ، ط١، ٤م،(تعريب المحامي فهمي الحسيني)، بيروت :دار الجيل .
-آل خنين ،عبد الله بن محمد بن سعد ،(٢٠٠١).**المدخل إلى فقه المرافعات**،(ط١). الرياض:دار العاصمة للنشر والتوزيع.
-الدارقطني ، علي بن عمر ، (ت٣٨٥هـ) .**سنن الدارقطني** ،٢م، في أربعة أجزاء،(ط٢) ، عالم الكتب ، بيروت ، ١٩٨٣م.
-الدريني،محمد فتحي(١٩٩٤).**بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله**،(ط١).بيروت:مؤسسة الرسالة .
-الدسوقي ، محمد عرفه .**حاشية الدسوقي** ،٤م،(تحقيق محمد عليش)،دار الفكر، بيروت.
-الدغمي ،محمد راكان،(١٩٩١) .**دعوى التناقض والدفع في الشريعة الإسلامية** ،(ط١). عمان: دار عمار.

–ابــن دقيق العيد ، تقي الدين أبي الفتح،(ت٧٠٢هـ). **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام**، ٢م في أربعة أجزاء، دار الكتب العلمية ، بيروت.

–ابــن أبــي الدم،شــهاب الدين أبو إسحاق إبراهيم بن عبدالله ،(ت٦٤٢هـ) .**أدب القضاء**،(تحقيق الدكتور محمد مصطفى الزحيلي).

– الذهبــي ،محمــد بــا أحمــد،(ت٨٤٨هـ).**تخليص المستدرك المطبوع بحاشية المستدرك**،دار الفكر،بيروت،١٩٧٨.

– ذياب ، صبحي علي ، (١٩٩٤) ، **الدفوع الشكلية في الفقه لإسلامي والقانون** .

–الــرازي،محمد بــن أبي بكر،(ت٦٦٦هـ).**مختار الصحاح** ، (تحقيق محمود خاطر) ،مكتبة لبنان ،بيروت،١٩٩٥م.

–الرافعــي،محمد رشيد. **تقريرات الرافعي على حاشية ابن عابدين**، دار إحياء التراث العربي ، بيروت.

–ابــن رجــب الحنبلــي ،أبو عبد الرحمن زين الدين عبد الرحمن بن رجب .**القواعد في الفقه الإسلامي** ،م١،دار المعرفة ،بيروت.

–ابــن رشــد،محمد بــن أحمــد،(ت٥٩٥هـ). **بدايــة المجــتهد ونهاية المقتصد** ، دار التوفيق النموذجية، القاهرة.

–الرشــيدي ،محمــد بــن صالح بن عبد الفتاح. **المجاني الزهرية على الفواكه البدرية** ،مطبعة النيل ،مصر .

– الرواشــدة ، محمــد أحمــد ،(٢٠٠٠).**ضــمانات اســتقلال القــضاء فــي الفقه الإسلامي**، (ط١). الكرك: دار رند للنشر والتوزيع.

–الزبيدي،محمد مرتضى،(ت١٢٠٥هـ) .**تاج العروس**.دار صادر،بيروت،١٩٦٦م.

–الزحيلي،وهبة،(٢٠٠٢). **الفقه المالكي الميسر**،(ط٢). دمشق:دار الكلم الطيب .

–الزحيلــي،محمد،(٢٠٠٢).**التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة**(ط٢).دمشق:دار الفكر.

–الزرقا ، مصطفى ،(١٩٦٧).**المدخل الفقهي العام** (ط١٠) . بيروت: دار الفكر.

–الزرقانــي ، محمــد .**شــرح الزرقاني على موطأ مالك** ، ٤م، (تحقيق لجنة من العلماء) ، دار الفكر ، ١٩٨١م.

–الزنجانــي ، محمود بن أحمد(ت٦٥٦هـ). **تهــذيب الصحاح**، (تحقيق عبد السلام هارون وأحمد عبد الغفور)، دار المعارف ، مصر.

-زيدان،عبد الكريم،(٢٠٠٠). **نظام القضاء في الشريعة الإسلامية**،(ط٣).بيروت :مؤسسة الرسالة.

-السجستاني ، أبو داود سليمان بن الأشعث ، (ت٢٧٥ه) .**سنن أبي داود** ، ٤م، دار الحديث ، القاهرة ، ١٩٨٨م .

-السرخسي، أبو بكر محمد بن أبي سهل (ت٤٩٠ه). **المبسوط** ،دار المعرفة ،بيروت،١٤٠٦ه.

-سلطان ،أنور ،(١٩٩٤). **أحكام الالتزام الموجز في النظرية العامة للالتزام** ،م١، الإسكندرية: منشأة المعارف.

-السيوطي،عبد الرحمن بن أبي بكر،(ت٩١١ه).**الأشباه والنظائر** ،١م، دار الكتب العلمية، بيروت،١٤٠٣ه.

-الشاطبي ، إبراهيم بن موسى بن محمد ،(ت٧٩٠ه). **الموافقات**،ط٦،١م،(تحقيق مشهور بن حسن آل سلمان)،دار ابن عفان ، السعودية -الخبر، ١٩٩٧م.

-الشامي،عبد الله بن محمد ،(٢٠٠٠).**نظام القضاء والمرافعات في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة**، (ط١). القاهرة: دار الكتب المصرية .

-ابن الشحنة ،ابراهيم ابن أبي اليمن الحنفي،(ت٨٨٢ه).**لسان الحكام في معرفة الأحكام**، ط٢،مطبعة البابي الحلبي ، مصر،١٩٧٣م.

-الشربيني ،محمد الخطيب،(ت ٩٩٧ه) .**مغني المحتاج** ، ٤م، دار الفكر ، بيروت.

-الشواربي ، عبد الحميد . **الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية** ،الإسكندرية: منشأة المعارف.

-شوشاري. **شرح قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني**،عمان.

- الشوكاني،محمد بن علي،(ت١٢٥٥ه).**الدراري المضية شرح الدرر البهية** ،دار الجيل ، بيروت ،١٩٨٧م .

-________، **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار** ،إدارة البحوث العلمية والإفتاء ،الرياض .

-،الشيباني أحمد بن حنبل،(ت٢٤١ه)، **المسند** ، (تحقيق شعيب الأرناؤوط)،مؤسسة الرسالة ، بيروت، ١٩٩٩ م.

-الشيباني، عبد القادر عمر.**نيل المآرب بشرح دليل الطالب** ،(تحقيق محمد سليمان الأشقر)، مكتبة الفلاح.

-الصدة ،عبد المنعم فرج، (١٩٨٢م) .**الحقوق العينية الأصلية دراسة القانون اللبناني والقانون المصري** ،م١، دار النهضة العربية ،بيروت.

-الصنعاني ، محمد بن إسماعيل ،(ت١١٨٢ه).**سبل السلام شرح بلوغ المرام** ، ٢م في أربعة أجزاء ،(تحقيق محمد عبد العزيز الخولي). مكتبة عاطف الأزهر ، مصر .

-طلبة،أنور ،(١٩٩٩).**موسوعة المرافعات المدنية والتجارية** ،مصر:دار الكتب القانونية.

-الظاهر ،راتب،(١٩٩٩م).**التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية** ، مطابع الدستور قانون الأحوال الشخصية الأردني الصادر سنة ١٩٧٦ الرقم ٦١ .

-ابن عابدين،محمد أمين .**حاشية رد المحتار على الرد المختار**.ط٨،٢م،دار الفكر بيروت، ١٩٧٩م.

-عالية ،سمير،(١٩٩٧م).**نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام** ،(ط١). المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.

- عبد الباقي،محمد فؤاد.**المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم**،دار إحياء التراث العربي ، بيروت.

-ابن عبد البر،يوسف بن عمر،(ت٤٩٣ه).**جامع بيان العلم وفضله**،٢ج في م١ ،دار الكتب العلمية،بيروت.

-العبدري، محمد بن يوسف بن أبي القاسم أبو عبد الله ،(ت ٨٩٧). **التاج والإكليل لمختصر خليل**، ط٦،٢م، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨ه.

-علاء الدين ،محمد أمين . **تكملة رد المحتار على الدر المختار**،ط٨، ٧م، دار الفكر ، بيروت،١٩٧٩.

-العمري، نادية ،(١٩٨٥). **الاجتهاد في الإسلام**،(ط٣).بيروت: مؤسسة الرسالة.

-عبد الرحمن ،ابراهيم، (١٩٩٩).**الوسيط** ،(ط١) عمان: دار الثقافة .

-ابن العربي المالكي ، أبو بكر محمد ابن عبد الله (ت٥٤٣ه). **عارضة الأحوذى بشرح سنن الترمذي**،ط٣،١م، دار الكتب العلمية ،بيروت ، ١٩٩٧م.

-العيني ، بدر الدين . **عمدة القاري بشرح صحيح البخاري** ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠١م.

-أبو العينين ، عبد الفتاح محمد . **القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي**. مصر: مطبعة الأمانة ، ١٩٨٣م.

-أبو العينين،محمد ماهر،(١٩٨٨).**إجراءات المرافعات أمام القضاء الإداري**، بيروت:دار صادر.

-ابن الغرس،محمد بن محمد بدر الدين ،(ت٩٣٢ه) .**الفواكه البدرية في البحث عن أطراف القضايا الحكمية** ،مطبعة النيل ،مصر .

-الغزالي،محمد بن محمد أبو حامد،(ت٥٠٥ه).**المستصفى من علم الأصول** ،ط١،المطبعة الأميرية ببولاق،مصر،١٣٢٤ه.

-الغزي ،ابن القاسم ،(ت٩١٨ه).**شرح ابن القاسم الغزي على متن أبي شجاع** ،المطبوع مع حاشية البيجوري ،(تحقيق محمد عبد السلام شاهين)،ط١،دار الكتب العلمية ،بيروت،١٩٩٤م.

-الفتوحي ، محمد بن شهاب الدين . **شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير في أصول الحنابلة** ، (تحقيق محمد حامد الفقي).

-ابن فرحون،برهان الدين إبراهيم بن محمد (ت٧٩٩ه) . **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام** ،ط٢،١م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٣٠١ه.

-الفضيلات ،جبر محمود ،(١٩٩١). **القضاء في الإسلام وآداب القاضي**، عمان :دار عمار.

-فوده ، عبد الحكيم ،(١٩٩٦). **البطلان في قانون الأجراءات الجنائية** ،الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.

-الفيروز أباذي ،مجد الدين (ت٨١٧ه). **القاموس المحيط** ، المكتبة التجارية الكبرى، مصر.

-ابن قدامة ، عبد الله بن أحمد ،(ت٦٢٠ه).**المغني**،٩م،(تحقيق محمد سالم محيسن وشعبان محمد إسماعيل)، مكتبة الكليات الأزهرية ، الأزهر-مصر.

- ــــــــــــــــــــ، **روضة الناظر وجنة المناظر** ،ط٢، مكتبة المعارف،السعودية ،١٩٨٤م.

-القرافي،شهاب الدين أحمد بن إدريس،(ت٦٨٤ه). **الفروق**،ط١، ٤م،(تحقيق محمد سراج وعلي جمعة)،دار السلام،القاهرة،٢٠٠١.

-ــــــــــــــــــــ، **الذخيرة**، ط١٤،١م،(تحقيق الأستاذ محمد بو خبزة) ،بيروت ،دار المغرب الإسلامي ،١٩٩٤.

-القرطبي،محمد بن أحمد ،(ت ٦٧١ه)،**الجامع لأحكام القرآن** ،مؤسسة مناهل العرفان،بيروت.

-القيرواني .ابن أبي زيد ، **رسالة أبي زيد القيرواني** شرح صالح عبد السميع الأزهري المعروف بالثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة أبي زيد القيرواني،م١ ،دار المعرفة، بيروت.

-ابن القيم ، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر ، (ت٧٥١هـ) . **إعلام الموقعين عن رب العالمين** ،٤ م، (تحقيق طه عبد الرؤوف سعد) ، دار الجيل ،بيروت.

-______________، **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**،(تحقيق محمد حامد الفقي)، دار الكتب العلمية ، بيروت.

-الكاساني ، علاء الدين،(ت٥٨٧). **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**،ط٧،٢م، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨٢م.

-ابن كثير،اسماعيل،(ت٧٧٤هـ).**تفسير ابن كثير**، ط١،م٤،دار المعرفة ،بيروت،١٩٨٧م.

-الكرلاني ،جلال الدين .**الكفاية شرح الهداية المطبوع مع شرح فتح القدير لابن الهمام** ،دار إحياء التراث العربي ،بيروت .

-الكناني،عبد الله بن سلمون(ت٦٨٧هـ). **العقد المنظم للحكام** المطبوع بحاشية تبصرة الحكام لابن فرحون،ط١،م٢،دار الكتب العلمية،بيروت،١٣٠١هـ.

-الكيا الهراسي،عماد الدين بن محمد ،(ت٥٠٤هـ).**أحكام القرآن** ،ط٢،١م، دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٩٨٣م.

-الكيلاني ،فاروق ،(١٩٩٧).**استقلال القضاء** ،(ط١). القاهرة: دار النهضة العربية .

-الماوردي،علي بن محمد بن حبيب،(ت٤٥٠)، **أدب القاضي** ،(تحقيق محي الدين هلال السرحان)، بغداد، مطبعة الإرشاد ،١٩٧١م.

-الماوردي ، علي بن محمد بن حبيب ،(ت٤٥٠).**الأحكام السلطانية**(تحقيق عصام فارس ومحمد إبراهيم)، ،(ط١) .١م،بيروت : المكتب الإسلامي ،١٩٩٦م.

-مالك، مالك بن أنس الأصبحي ،(ت١٧٩هـ). **المدونة الكبرى**،ط٢،دار الفكر،بيروت،١٩٨٠م.

-مبارك ،سعيد عبد الكريم،(١٩٩٥م).**شرح قانون الإجراء الأردني** ،(ط١).اربد:مركز حماد للطباعة.

-مدكور ،محمد سلام (١٩٦٤).**القضاء في الإسلام** ،(ط١). القاهرة:دار النهضة العربية.

-المرعي ،حسن .**الاجتهاد في الإسلام** ، الرياض :مطابع جامعة محمد بن سعود.

-مسلم ،أبو الحسن مسلم بن الحجاج ، (ت٢٦١هـ). **صحيح مسلم بشرح النووي** ، ط٦،١م في ١٨جزء ، المطبعة المصرية بالأزهر ، مصر، ١٩٣٠م.

-ابن مفلح،إبراهيم بن محمد،(ت٨٨٤هـ).**المبدع**،١٠م،المكتب الإسلامي ،بيروت،١٤٠٠هـ.

-ابن المنذر ،محمد بن إبراهيم ،(ت٣١٨هـ).**الإجماع** ،ط١،(تحقيق عبدا لله عمر البارودي) ، مؤسسة الكتب الثقافية ، بيروت ، ١٩٨٦م.

-الميرغيناني ، أبو الحسن علي بن عبد الجليل ،(ت٥٩٣هـ). **الهداية شرح بداية المبتدي** ، ٨م، مطبوع مع شرح فتح القدير لابن الهمام ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت.

-الناهي ،صلاح الدين ،(١٩٨٣)،**مبادئ التنظيم القضائي والتقاضي والمرافعات في المملكة الأردنية الهاشمية** ، (ط١) .عمان:دار المهد.

-ابن نجيم ، عمر بن إبراهيم ، (ت١٠٠٥هـ). **النهر الفائق شرح كنز الدقائق** ,ط١،(تحقيق أحمد عنايه)، دار الكتب العلمية ، بيروت ،٢٠٠٢م

-النووي ،يحي بن شرف ،(ت٦٧٦).**روضة الطالبين**،(تحقيق عادل أحمد عبد الموجود،علي محمد معوض)،دار الكتب العلمية ،بيروت.

-______________، (ت٦٧٦هـ).**صحيح مسلم بشرح النووي** ، ط١ ،٦م في ١٨جزء ، المطبعة المصرية بالأزهر ، مصر، ١٩٣٠م.

- ______________ ،(ت٦٧٦هـ) . **المجموع شرح المهذب** ، ٢٠م ،دار الفكر .

-والي،فتحي،(١٩٥٩) .**نظرية البطلان في قانون المرافعات** ،

-أبو الوفا ، أحمد ، (١٩٧٩). **أصول المحاكمات المدنية**، (ط٢)، بيروت : مكتبة مكاوي.

-أبو الوفا ،أحمد كامل ،محمد نصر الدين ، يوسف ، محمد عبد العزيز ، (١٩٥٥).**مدونة الفقه والقضاء في المرافعات** ، الإسكندرية :دار المعارف .

-ياسين ،محمد نعيم .**حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية**، عمان: دار الفرقان.

-______________،(٢٠٠٠).**نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية**،(ط٢).عمان: دار النفائس.

Abstract

Nullification of Verdict In Islamic Jurisdiction

By :

Maher Ma'roof Faleh AL Naddaf

Supervisor :

Prof . Dr :Mohammad Naeem Yasseen .

This study is intended to show the nullification of verdict in Islamic jurisdiction , in order to know the truth of nullification in judicial judgment , its causes and its relevant effects. One of the justice principles and protecting rights is to cancel the judicial judgment if there is some thing to allow invalidity.

Through this study , it seems that the nullity of judicial judgment is either related to a lack of the values of the judgment or to a lack of the rules and procedures of the judgment. It is known that the nullity is a description that follows the judicial judgment because of the appearance of a lack in its main rules , and in the rules and procedures of the related judgment .

One of the results of this study is that (the nullity of judicial judgment differs from its invalidity , therefore , the nullity of judgment is a description that follows the judicial judgment and shows that it dosent have alegtimate effect. On the other hand , the invalidity is an appearance of nullity and amatter of perventing the relevant effects through the ways and procedures that are determind by the ruler in every time and place to cancel the judgment.

Recently, nullification can be considired as the appealing against judicial judgment as an example Thus , nullity prceeds invalidity and it is adescription not aconduct , taking into consideration, that the nullity of judicial judgment is arelated issue in the law of Islam and fixed in holly Qura'n , the Sunna of mohammad and the tradition of his followers. Also, it is based on the principles of the sharia and its rules,so it is regarded as one of the ways of making justice and achieving rightness and it is not ajustice to implement ajudgment that includes an opperssion or an error that leads to be cancelled.